
13
10 E
9

R. P. CHRISTOPHORI HAUNOLDI

SOC. IESV,

DE JURE ET JUSTITIA

COMMVTATIVA.

TOMVS I.



AEQUITATEM VIDIT VULTUS EIUS

RIGOREM TEM PERAT AEQUITAS

Hic regula

Hac Perpendiculo

Jac. Bal. Häring delin.

Georg. And. Wolfgang f.

CONTROVERSIARUM
DE
JUSTITIA
ET
JURE PRIVATORUM
UNIVERSO
NOVA ET THEORICA METHODO
IN DECEM TRACTATUS ET QUATUOR
TOMOS DIGESTARUM,

AUTHORE
R. P. CHRISTOPHORO
HAUNOLDO
SOCIETATIS JESU, SS. THEOLOGIÆ DOCTORE,
Ejusdémque antehac
IN FRIBURGENSI ET INGOLSTADIENSI ACADEMIA,
PROFESSORE ORDINARIO.

TOMUS PRIMUS
COMPLECTENS
TRACTATUS QUINQUE

Cum accurata Iurium in propriis terminis, ſecundùm Exemplaria caſtigatiora,
allegatione, interpretatione, conciliatione.

Cum Privilegio Cæſareo, & Superiorum Permiſſu.



INGOLSTADII
Apud JOANNEM SIMONEM KNAB,
Typographum Academicum.

ANNO M. DC. LXXI.

TRACTATUS

I.

De Legibus, Consuetudine, Privilegiis & Rescriptis.

II.

De Jure & Justitia in Genere: injuriis oppositis, eásque reparandi obligatione.

III.

De tribus Jurium Realium Generibus, Dominio, Servitutibus, Possessione: Jurísque Scripti Remediis huc spectantibus.

IV.

De Diversitate Jurium secundùm diversa Personarum Genera, Religiosorum, Clericorum, Filiorumfamilias, Pupillorum, Conjugum.

V.

De Modis Acquirendi independeter à Voluntate alterius, tam Jure Gentium, quàm Civili, Præscriptione, & Successione ab Intestato.

Cum adjuncta Summaria Annotatione
Specialium Iuris Bavarici.

PRODIT NUNC CUM SECUNDO TOMO DE VLTIMIS VOLUNTATIBUS:
ET INDICE COPIOSO.



REVERENDISSIMIS,
JLLVSTRISSIMIS,
PERILLVSTRIBVS.
ILLVSTRIBVS

AC

GENEROSIS.
PRAENOBILIBVS,

NOBILIBUS, ET STRENUIS,

DOMINIS, DOMINIS,

STATVVM PRO-
VINCIALIVM
BAVARIÆ

SUPERIORIS ET INFERIORIS

COMMISSARIIS, DEPVTATIS,

AC

PROCERIBUS

VNIVERSIS,

DOMINIS SVIS GRATIOSISSIMIS,

PATRONIS OBSERVANDISSIMIS.

HAS

DE

JURE

ET

JUSTITIA

PRIVATORUM

CONTROVERSIAS

IN

BENEFICIORUM

MEMORIAM,

OBSERVANTIÆ ET HONORIS

ARGUMENTUM,

DEBITI OBSEQUII

PIGNUS,

Humillimè

OFFERT, DICAT,
CONSECRAT,

Devotissimum

Ingolstadiense Soc: JESU
Collegium.

AD

AD LECTOREM.

QUid in hoc Opere de Justitia & Jure Privatorum, post aliorum de hac Materia Elucubrationes, præstare conatus sim, Titulus Te, si consideraveris, edocebit. An autem reipsâ præstiterim, eorum esto Judicium, qui me post alios legere dignabuntur. Multa præfantur alii, quæ Lectorem invitent; sed Religiosæ modestiæ quandoque Silentio melius consulitur: speróque futurum, ut hâc hederâ non sit opus. Quod insuper est, ut Te, Lector Benevole, moneam, paucis expediam.

Inprimis itaque nolui coacervare, vel Authorum, vel Jurium allegationes, ut aliqui solent, ad ostentationem, nî fallor, potiùs, quàm utilitatem legentium. In quos jam pridem invectus est Conradus Summenhartius, lib. de Contractibus: [ut quid enim etiam, inquit, apud Jurium Professores tanta, támque inundans super una re, etiam aliquando vulgatissima, fit Jurium allegatio? quorum etiam pleraque cùm à Casu ipso distantissima sint, eundem minimè attingunt; ut plus de papyro atque ingenio absumant, quàm utilitatis ad eundem Casum decidendum afferant.] Selegi Iura clariora, & certiora, eáque in propriis terminis retuli, tum ut Studioso Lectori succurrerem, quem sæpè tædet ipsi Corpori Juris manus admovere: tum ut extra Suspicionem essem, quasi, more aliorum, ex aliis Leges allegâssem æquè facilè ineptas, ac aptas ad probandum: quod adeo frequens est, ut nemini sit ignotum, qui ipse inspexerit. Authores etiam non nisi cum singulari delectu, & à me præ cæteris æstimatos, allego, apud quos alii videri possunt, & quidquid in illis utilium Quæstionum (præteritis inutilibus digressionibus, ex quibus pleraque volumina Torrentis instar ex inundatione crescunt) ad Jus privatum spectantium invenire potui, in Disputationem adduco: Fundamenta cæterorum tum ex Jure, tum ex Ratione petita, quantùm assequi pro mea tenuitate potui, pondero: neque tamen ità verecundus fui, quò minùs auderem aliquid addere de meo.

Deinde à Verborum Superfluitate studiosè mihi temperavi, ad imitationem illorum, quos scimus, absque confusione, multa

paucis

paucis esse complexos. Quæ causa fuit, ut abstinerem ab illa quorundam methodo, qui Conclusiones positas innumeris postmodum Ampliationibus, & Limitationibus, ac Sublimitationibus elucidare conantur; ingenti quidem labore, sed non necessario, cùm experimento didicerim, posse paucis verbis ipsi Thesi insertis, hujusmodi amplificationes abscindi atque præverti. Nunquam tamen Giphanii in Epist. ad Rittershusium, acerbam Censuram approbavero, dicentis: *Hac peste nullam majorem in hac Juris Scientia esse posse*: cùm me non lateat, præclarissimos Viros (unus Cardinalis Thuscus sufficeret) illâ methodo usos esse, & hodiéque uti; quocunque tandem fine, vel commodo, quod ipsi nôrunt. Sed ex adverso nec illos imitari placuit, qui nimiam verborum parsimoniam affectantes, stylo sublimato omnia Gerundiis, Participiis, Ablativis, & Parenthesibus, ità contrahunt, connectunt, & implicant, ut quantumvis attentâ, vix denique iteratâ Lectione, mentem illorum assequaris: qui sanè scribendi stylus quemadmodum non nisi ab ingenio defæcatissimo procedere potest, ità Lectorem desiderat acutissimum, quales pauci sunt. Ego simplici & Scholastico discurrendi modo sum usus, quem & plerísque nostris Scriptoribus video probari, & expediendis Controversiis magìs opportunum existimo, ac Lectori gratiorem.

Materiarum ad Jus Privatum spectantium Ordinem, ità disposui, ut Fundamenti loco præmitterem ea, quæ ad Legum, Consuetudinum, Privilegiorum, Rescriptorum, Legitimum usum, & intelligentiam necessaria videbantur, & ad quæ in Operis progressu sæpiùs tanquam ad Regulas recurrendum erit. Inde ad generaliora, de Natura Juris & Justitiæ, & quæ huic immediatiùs opponuntur, secundùm quatuor Bonorum genera, Fortunæ, Famæ, Corporis, & Animæ, procedo: in quibus multa ex Jure Naturæ, non pauca ex Jure Scripto pendent. Porrò, quia Jus aliud est Reale, aliud Personale, incipiendo à Nobiliore, & quod per justitiam ultimò intenditur, tracto de Tribus Jurium Realium generibus, Dominio, Servitutibus, & Possessione. Quorum plena intelligentia cùm pendeat ex notitia Subjectorum capacium, succedit Tractatus Quartus, de Diversitate Iurium secundùm diversa genera Personarum. Quibus expeditis accedendum erat ad Modos Acquirendi Jura. Quia verò Modi Acquirendi alii sunt Independen-

tes

tes à Voluntate alterius; alii verò dependent ab alterius voluntate, de prioribus erit Tractatus Quintus. Qui verò pendent ab alterius voluntate, aliquando pendent ab illa in vivis quidem revocabili, sed quæ morte confirmetur, & sunt Vltimæ Voluntates; quarum aliqua est Principalis, videlicet Testamentum, de quo erit Tractatus Sextus: de reliquis minùs Principalibus, & regulariter Accessoriis, erit Tractatus Septimus. Inde ad Modos acquirendi qui mutuo Consensu inter vivos constant, progredior, & de Contractibus in genere est Tractatus Octavus. Quia verò Contractuum Primaria divisio est in illos, qui sunt *Stricti Iuris*, & qui *Bonæ Fidei*, Nonus Tractatus erit de Prioribus, postremus de posterioribus, vnà cum Contractibus Innominatis, & Quasi Contractibus.

Et hanc Methodum, etsi ab alio nemine observatam, elegi, quòd illius Rationem reddere possem. Adjeci denique Indicem Materiarum utcunque copiosum, ut instar Synopsis esse possit: ad quem vtiliter quandoque recurres, pro magìs aperta ac cohærente quorundam declaratione. Vale, Lector, & reliquos duos Tomos de Contractibus propediem exspecta, ac unâ mecum Juris Justinianæi apparentem quandóque Rigorem ex Theologiæ Principiis, in Æquitate Naturali fundatis, temperare disce, donec, Superis faventibus, Opus de Judiciis, quod præ manibus est, elaboretur.

APPROBATIO
FACULTATIS THEOLOGICÆ INGOLSTADIENSIS.

Cùm, quæ duobus his Primis Tomis continentur de Jure Privatorum materiæ, brevi, clarâ, ac perspicuâ methodo accuratè & solidè pertractentur, ità per eos, qui administratione utriusque Fori, Jnterni, & Externi, hujusque iterum duplicis, Ecclesiastici, & Civilis, diu noctúque occupati, lectioni uberiorum Tractatuum vacare prohibentur, brevissimo temporis impendio in ea rite exercenda instruuntur, ut nihilominus abundè sibi satisfacere queant ij, quibus nihil, nisi quod ad Metaphysicam normam exactè tractatum & expensum sit, placet. Præterea, cùm fidelissimâ manu Textus omnes utriusque Juris, qui frequentissimi tamen allegantur,



tur, in ijs Raro exemplo exhibeantur, incredibile est, quantum lumen afferatur Quæstionum Resolutionibus, quot Interpretum & aliorum Authorum detegantur errores atque hallucinationes, quanto denique labore & molestiâ sublebentur Lectores: Dignissimi proinde, qui, quia ab omnibus omnino inoffenso decurri possunt pede, ad Communem Totius Christianæ Reipublicæ utilitatem, Typis mandentur.

ITA CENSEO

FRANCISCUS JACOBUS ZADLER, SS. Theologiæ & V. J. Doctor, Celsissimi S.R.I. Principis, & Episcopi Eüstettensis, Consiliarius, Cathedralis Ecclesiæ ibidem Canonicus, ad D. Virginem Speciosam Ingolstadii Parochus, Controversiarum Fidei in Universitate Professor ordinarius, loco & nomine Decani Facultatis Theologicæ.



FACULTAS
R.P. PROVINCIALIS S.J.
Germaniæ Superioris.

EGo JACOBUS RASLER, Soc: Iesu per Superiorem Germaniam Præpositus Provincialis, acceptâ potestate à Patre Nostro JOANNE PAULO OLIVA, Soc: Iesu Præposito Generali, permitto, ut Operis Moralis de Jure Privatorum Tomus Primus & Secundus, à P. CHRISTOPHORO HAUNOLDO, Soc: Nostræ Theologo, conscripti, & à Patribus ad id deputatis lecti Probatique, Typis mandentur. Cujus rei fidem manu meâ, & Officii Sigillo facio. Ingolstadii. 1. Aug. 1670.

IACOBUS RASLER.



SUMMA PRIVILEGII.

CUm S. Cæs. Majestatis Decreto omnibus & singulis Typographis, & Bibliopolis, ac aliis quamcunque Librariam Negotiationem exercentibus, seriò, firmiterque inhibeatur, ne quisquam ullos Libros à nostris Patribus hactenus editos, vel imposterum edendos, intra Sacri Romani Imperii, Regnorúmque ac Dominiorum Suæ Cæsareæ Majestatis Hæreditariorum fines, simili, vel alio characteris genere, atque formâ, sive in Toto, sive in Parte recudere, vel aliò recudendos mittere, vel alibi etiam impressos adducere, vendere, distrahere, clàm seu palàm, citra Consensum ac Testimonium supradictorum Patrum audeat, vel præsumat, &c. Ego JACOBUS RASLER, Soc: Iesu per Superiorem Germaniam Præpositus Provincialis, Potestate ad id mihi factâ à Patre Nostro, JOANNE PAULO OLIVA, Soc: Nostræ Præposito Generali, JOANNI SIMONI KNAB, *Typographo Academico Ingolstadiensi, Jus Cæsarei hujus Privilegii, circa Operis Moralis de Jure Privatorum Tomum Primum & Secundum, à P. CHRISTOPHORO HAUNOLDO, Societatis nostræ Theologo conscriptos, usurpandi potestatem eatenus indulgeo, ut sine Authoris & Superiorum facultate, eosdem, ut suprà dictum est, nemo recudere, nemo intra S. Rom. Imperii fines, & Hæreditarias Cæsareæ Majestatis Provincias importare, aut venum exponere audeat. Roborandæ Facultati Sigillum Officii mei appressi, & manu meâ subscripsi. Ingolstadii, 4. Jan. 1671.*

IACOBUS RASLER.

INDEX



INDEX TITVLORVM DE JURE PRIVATORUM VNIVERSO TOMI I

TRACTATUS I.

PROÆMIALIS. DE LEGIBUS.

Complectens ea, quæ quatuor Iuris Titulis continentur, qui sunt de Constitutionibus, Rescriptis, Consuetudine, Privilegiis.

CAPUT I.

De Legum humanarum Natura, Conditionibus, & Effectibus.

CAPUT II.

De Lege Pœnali, & Irritante.

CAPUT III.

De Consuetudine.

CAPUT IV.

De Exemptione à Lege communi, hoc est, Privilegiis.

CAPUT V.

De Legum Interpretatione.

CAPUT VI.

De Dispensatione in Lege.

CAPUT ULTIMUM.

De Rescriptis.



TRACTA-



TRACTATUS II.

DE JURE ET JUSTITIA IN GENERE,

Déque Injuriis, & eas reparandi Obligatione.



CAPUT III.

De Consuetudine.

CAPUT IV.

De Exemptione à Lege communi, hoc est, Privilegiis.

CAPUT V.

De Legum Interpretatione.

CAPUT VI.

De Dispensatione in Lege.

CAPUT ULTIMUM.

De Rescriptis.



TRACTA-

(I. H. S.)

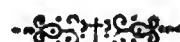
TRACTATUS II.

DE
JURE ET JUSTITIA
IN GENERE,

Déque Injuriis, & eas reparandi Obligatione.

CAPUT I.

De Natura Iuris, & Iustitiæ in genere, præsertim Commutativæ.




CAPUT II.

De Injuria, & obligatione satisfaciendi pro illa in genere.

CAPUT III.

De Injuriis in Bonis Fortunæ, & Restitutione correspondente.

CAPUT IV.

De Iuris Remediis, quibus succurritur debitoribus contra Creditores, & aliis causis excusantibus à Restitutione.

CAPUT V.

De Injuriis in Bonis Famæ, & Honoris, deque Restitutionis obligatione.

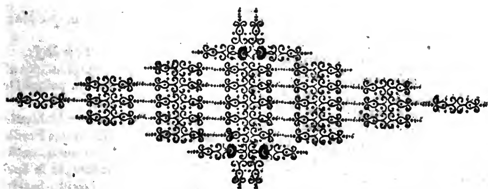
Con-

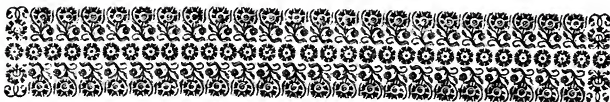
CAPUT VI.

De Injuriis circa Corpus Proximi, per Homicidium, Mutilationem, &c. Stuprum, & Adulterium, & de Restitutione competente.

CAPUT ULTIMUM.

De Injuriis in Bonis Spiritualibus, & Restitutione competente.





TRACTATUS III.

DE TRIBUS IVRIUM REALIUM GENERIBUS, DOMINIO, SERVITUTIBUS, POSSESSIONE, *Jurisque Remediis, seu Actionibus huc spectantibus.*

CAPUT I.

De Iure Dominii, vel quasi Dominii Rerum Corporalium, & Incorporalium in genere.

CAPUT II.

De Iure Servitutum, tam Personalium, quàm Realium.



CAPUT

CAPUT III.

De Iure Possessionis.

ET

De Remediis Possessoriis.



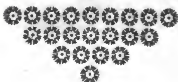
TRACTATUS IV.
DE
DIVERSITATE IURIUM,
Secundùm
DIVERSA GENERA PERSONARUM.

CAPUT I.

De Dominio Religiosorum.

CAPUT II.

De Peculio, Fructibúsque Clericorum Beneficiatorum, déque Dominio, & Administratione bonorum Ecclesiasticorum.



CAPUT III.

De Peculiis Filiorumfamilias.

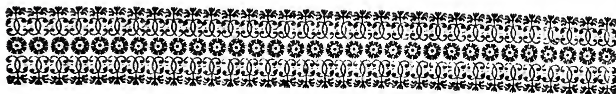
CAPUT IV.

De Bonis Pupillorum, & Minorennium, eorúmque Administratione per Tutorem, & Curatorem. 342

CAPUT. V.

De Dominio Bonorum Uxoris, ubi de Iure dotium plenè agitur. 365

CON-



TRACTATUS V.

DE MODIS ACQVIRENDI RERVM DOMINIA INDEPENDENTER AB ALTERIUS VOLUNTATE, TAM JURE GENTIVM, *Quàm* JVRE CIVILI.

CAPUT I.

De *Modis acquirendi Iure Gentium.*



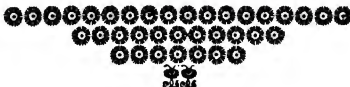
CA-

CAPUT II.

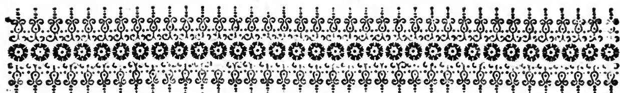
De *Vsucapionibus*, & *Præscriptionibus.*

CAPUT III.

De *Hæreditatibus quæ ab Intestato deferuntur, seu de Successione ab Intestato.*



R. P. CHRI-



R. P. CHRISTOPHORI

HAUNOLDI

E SOCIETATE JESU,

DE

JURE PRIVATORUM

VNIVERSO

TRACTATUS I.

PROÆMIALIS.

DE LEGIBUS.

COMPLECTENS EA, QVÆ QVATVOR IVRIS TITVLIS CONTINENTVR,

Qui sunt:

De { CONSTITUTIONIBUS. RESCRIPTIS. CONSUETUDINE. PRIVILEGIIS.

CAPUT PRIMUM.

De Legum humanarum Natura, conditionibus & effectibus.

SUMMARIUM.



LEgis *vocabulum non est Juridicè Synonimum cum Jure, Constitutione, Sanctione, Statuto, Præcepto.* 1.

Jus *non est ipsa Lex, sed objectum legis, & effectus illius.* 2.

Constitutiones *strictè sunt Decreta Summorum Pontificum.* eod.

Lex *sumitur pro Decreto alterius supremi Principis.* eod.

Sanctio *strictè sumpta est, quæ sub pœna capitis fertur.* eod.

Præceptum *seu* Mandatum *fertur ad personas singulares, cum quibus extinguitur.* eod.

Lex *in Jure Civili constat sex partibus: Lege, Plebiscito, Senatusconsulto, Principum placitis, Edictis Prætorum, Responsis prudentum. Ejus definitio.* 3.

Lex an sit favorabilis vel odiosa, quomodo communiter explicetur. 4.

Si favor est separabilis ab odio & damno, tunc ratione favoris lex est amplæ interpretationis: quatenus odium, stricta. Explicatur cap. Si propter de Rascriptis in 6.
Si non est separabilis, est spectanda intentio legislatoris, an primario voluerit favere uni. 7.
Exemplum odiosæ dispositionis. 8.
Dispositio odiosa quandoque potest extendi. eod.

IN materia de Legibus & Justitia illud ante omnia advertendum est, quæstiones illas, quas Scholastici & Philosophi vocare solent *Lites de nomine, de modo loquendi, de vocabulo*, & in illorum materiis nihili fiunt, eò quòd ad naturarum speculationem ac veritatem indagandam nihil intersit, hoc, an illo modo loquaris, modò rem teneas, quæstiones, inquam, illas sæpè maximi momenti esse in resolutionibus Juridicis, quandoquidem inde sæpè pendet, an hæc illâve lege, hæ vel illæ personæ, hæ vel illæ dispositiones & conventiones, Actiones, Bona &c. comprehendantur necne, id quod in progressu præsentis Operis plurimis exemplis illustrabitur. Et ut in præsenti statim hujus exemplum ob oculos ponamus

1. Plurima sunt vocabula in utroque Jure, Civili & Canonico, passim usitata, quæ in latiore significatione & acceptione synonima sunt, & coincidunt cum vocabulo LEX: strictiùs tamen & phrasi Legisperitorum differunt, & diversas ordinationes significant. hujusmodi sunt: JUS. CONSTITUTIO. LEX. SANCTIO. STATUTUM. PRÆCEPTUM. horum diversitatem breviter indicabo.

2. JUS, si strictè & propriè sumatur, non est ipsa LEX, sed potiùs objectum Legis, seu id quod statuitur per Legem ut observetur, adeóque est effectus Legis. CONSTITUTIO variè sumitur, aliquando pro legibus, quæ à solis inferioribus Principibus, vel à Civitate feruntur, & vocantur propriè STATUTA. aliquando verò magisque propriè Constitutiones dicuntur DECRETA summorum Pontificum, de quibus loquitur titulus secundus libri primi Decretalium. Econtra LEX sumitur pro Decreto alterius supremi Principis, ut Imperatoris, Regis, aut totius populi, unde Doctores Legum Civilium vocantur antonomasticè *Legistæ*. SANCTIO strictè sumpta differt à Lege, Constitutionibus, Decretis &c. quòd certam pœnam præsertim capitis irroget non obtemperantibus, seu quæ aliquid sub pœna capitis præcipit vel prohibet, ut habetur Lege *Sanctio ff. de pœnis*. quo sensu Sanctiones pragmaticæ non nisi largè Sanctiones dicuntur. PRÆCEPTUM seu MANDATUM differt à Lege per hoc, quòd Lex feratur ad totam Communitatem Reipublicæ causâ primariò, & ideo est constans ac perpetua, donec à Legislatore vel Consuetudine abrogetur, *Præceptum* verò feratur ad personas singulares, cum quibus plerumque extinguitur.

3. Denique LEX in Jure Civili adhuc strictiorem habet acceptionem, in quantùm nimirum Jus Civile dicitur constare sex partibus: *Lege, Plebiscito, Senatûs Consulto, Principum placitis, Edictis Prætorum, Responsis Prudentum.* Et in hac acceptione LEX est, *quæ Senatorio Magistratu veluti Consule, interrogante, populus constituit. §. 4. Instit. de Jure Naturali Gent. & Civili.*

CONTROVERSIA I.

Quomodo intelligenda sit celebris divisio Legis in Favorabilem, & Odiosam, & quæ Regula sit has discernendi.

INterest plurimùm, hujus discriminis notitiam habere legitimam, ut sine doctrinæ inconsequentia particularibus casibus applicetur, in quibus dubitatur an Lex favorabilis habenda sit, ut amplam recipiat interpretationem, vel an odiosa, & stricti juris sit, favores enim ampliandos esse, odia verò restringenda, habet Regula Juris *c. Odia.* de R. I. *in 6.*

4. Discrimen autem harum legum declaratur communiter, ut videre est apud Augustinum Barbosam *axiomatum Juris v. Odium.* considerandum esse primum Legis intentum. si enim id sit, favere uni, (esto conjunctus sit hîc favor cum præjudicio aut damno seu jactura tertii) lex est favorabilis: nomine autem favoris non venit hîc finis ultimatus & generalis omnium legum, nempe Bonum Reipub. hoc enim sensu omnis lex debet esse favorabilis, sed spectandus est finis magis particularis & immediatus, qui tanquam medium adhibetur ad finem generalem.

Probari solet hæc interpretatio authoritate glossæ *in cap. si propter. de rescript. in C. v. primi anni* ubi constitutionem illam favorabilem vocat, quâ Bonifacius VIII. Episcopo cuidam speciali gratiâ concessit, ut ad dissolutionem debitorum Ecclesiæ suæ omnium beneficiorum vacantium in diœcesi primos fructus (quæ Annatæ vocari solent) ad quinquennium percipere posset, quæ reservatio cedit in præjudicium ac damnum eorum beneficiariorum, ad quos alioquin illi primi fructus spectâssent.

5. Verùm hæc probatio difficultate non caret: videri enim posset illa Constitutio potiùs esse odiosa, cùm Annatarum concessio sit contra primævam institutionem beneficiorum, quibus integri proventus debentur vigore tituli 12. lib. 3. Decret. *ut beneficia Ecclesiastica sine diminutione conferantur.* Accedit, quòd ipse Pontifex in eodem rescripto suam concessionem dicat

dicat esse strictè interpretandam; cùm enim dubitaret Episcopus ille, an etiam illi concessi essent primi fructus, qui jam priùs speciali consuetudine, privilegio vel statuto debebantur Ecclesiæ Cathedralis fabricæ, vel alicui personæ singulari, respondet Pontifex, intentionem suam non esse nec fuisse, prioribus hujusmodi applicationibus præjudicium afferre. Pro resolutione

6. DICO 1. Attendendum esse, vtrum favor possit ab odio & damno alterius separari necne. Si separari potest, tunc eatenus quatenus favorem continet lex, erit amplæ interpretationis, quatenus odium continet, erit strictæ interpretationis, & sic non est opus examinare primarium scopum Legislatoris. Ità post Panormit. notant cæteri Canonistæ. & apparet in dicto rescripto, ubi priores applicationes particularium beneficiorum, poterant separari à concessione generali postmodum facta, & quia privilegium generale non derogat priori privilegio speciali, sed potiùs econtra juxta Reg. 81. ff. de R. I. Hinc etiam resolvitur dubium, an in dicto c. *si propter*, fuerint concessi fructus beneficiorum exemptorum à Jurisdictione Episcopi, & respondendum est contra Joannem Andream negativè; est enim exemptio speciale privilegium, contra quod non est extendendus favor generalis. Econtra Dignitatum & Prælaturarum primi fructus censentur Episcopo fuisse concessi, quia alioquin frustraretur propemodum intentio Pontificis & finis favoris, qui erat, ad dissolvenda debita subsidium præbere; & quia horum beneficiorum fructus non nisi ex generali jure debentur suis beneficiariis.

7. DICO 2. Si favor ab odio separari non potest, (ut plerumque non potest) tunc utique spectanda est Intentio Legislatoris, quæ si primariò voluit favere uni, & hunc favorem habuit pro motivo, damnum verò tertii connexum cum favore, solummodo materialiter & per concomitantiam voluit, quia separare non potuit, tunc per se loquendo Lex est favorabilis, odiosa verò erit, si opposita sit Legislatoris intentio, vel aliunde colligi possit, quòd noluerit fieri amplam suæ dispositionis interpretationem. hoc addendum est, propter innumeras instantias quæ alioquin adferri possent, ad probandum, Leges plurimas esse strictæ interpretationis, quibus tamen favor potiùs quàm odium intenditur. Sic Privilegia sunt strictæ interpretationis, quia vulnerant jus commune. Plures instantiæ videri possunt apud Petrum Peckium in Regulam 15. Juris Can. Declaratur Conclusio in exemplo desumpto ex cap. 3. de sent. excom. ubi ex communi interpretatione declaratur immunis ab excommunicatione Pontifici reservata, percussor clerici inventi cum uxore, matre, sorore, aut filia sua. quæ Lex favet percussori, & nocet clerico, quia tendit contra privilegium canonis, ut patet: quia tamen favor ille est inseparabilis ab odio, dubitari posset, an sit Lex potiùs favorabilis quàm odiosa, ac proinde an extendatur etiam ad casum, quo clericus deprehenderetur cum sponsa de præsenti quidem, sed necdum cognita à marito. Et resolvendum est juxta conclusionem, esse favorabilem, & extendi etiam ad dictum casum. Pontifex enim voluit indulgere justo dolori difficulter temperabili mariti, qui non minùs gravis est in casu violatæ uxoris cognitæ, quàm non cognitæ.

8. Exemplum odiosæ dispositionis apud Felinum cap. 3. loco cit. de præsumption. n. 2. (dissentiente tamen Gomez) esse potest, si extaret statutum, ut uxore absque liberis decedente vir partem dotis lucretur, hoc statutum censendum esset odiosum, adeóque non extendendum ad maritum seu sponsum de præsenti, si uxor necdum carnaliter cognita decederet, quæ sine causa (quam tale statutum censeretur respexisse) amitteret potestatem de integra dote disponendi.

Dixi superiùs, has regulas esse veras *Per se loquendo*. Multas enim exceptiones afferunt DD. ut Philippus Francus in cap. 1. de ten poribus ordin. & alii. Hujusmodi exceptio est, quando, nisi fieret amplictio legis odiosa, dispositio odiosa facilè posset eludi; v. g. nisi dispositio juris auferens usurario testamenti factionem, extenderetur etiam ad codicillos & donationem causâ mortis, usurarius hac viâ facilè legem circumveniret. item, quando extensio, vel restrictio fit per aliam legem. denique si undecúnque alia Legislatoris intentio colligitur, ut jam notavi.

CONTROVERSIA II.

An, & qualis Promulgatio sit necessaria, ut lex incipiat obligare.

SVMMARIVM.

Obligatio proxima Legis quando incipiat. 9.
Remota obligatio requirit ex natura rei aliquam promulgationem. 11.
Solennis editio est ipsa promulgatio in cap. 1. de Postul.
Regulæ Cancellariæ quamvis non sint Leges propriè, promulgantur tamen. 12.
Posset obligatio statim à puncto promulgationis incipere. 13.
Leges civiles incipiunt obligare post duos menses. 14.
Idem est in Statutis Provincialibus. 15.
Constitutiones & Diplomata Pontificia statim obligant, nisi aliud exprimatur. 17.
Quomodo hoc procedat in foro conscientiæ. 19.
Quomodo in foro externo. 20.
Quomodo intelligenda regula 47. *Præsumitur ignorantia, &c.* 21.

9. Sermo est de Obligatione remota; obligatio enim proxima tunc primum in quavis

 persona

personæ particulari incipit, quando Legis latæ & sufficienter promulgatæ notitiam actualem acquirit: nam per Legis inculpabilem ignorantiam impeditur obligatio proxima, quia excusat à culpa, & Legis transgressio est merè materialis.

10. Quæstio igitur est, an Legis obligatio remota posset, si ita vellet Legislator, statim incipere, quamprimùm est constituta, esto necdum sit ità promulgata, ut, per se loquendo posset omnibus subditis innotescere, & per accidens tantùm ignorari à quibusdam. Vel an aliqua promulgatio sit de natura Legis, ità quidem, ut etiamsi ante promulgationem alicui ex subditis constaret, eam à Magistratu jam esse constitutam, necdum tamen talem proximè obligaret, possetque impunè contra Legem venire, antequam promulgaretur.

Antiquiores aliqui, *Quos refert & sequitur Gabr. to. 2. commun. opin. lib. 6. tit. de legib.* & *tribuitur etiam Panormitano & Reginaldo*, censuerunt, non esse de natura Legis promulgationem, sed ante hanc obligare posse scientes.

11. Communissima tamen & vera Sententia hoc negat; unde communis & recepta Legis definitio est: *Rationis ordinatio ad bonum commune, ab eo qui curam communitatis habet, promulgata.* Solet quidem probari ex authent. *ut factæ Constit. quæ est Novella 66.* Sed inde plus non colligitur, quàm quòd Imperator nolit constitutiones suas valere ante promulgationem: alia ergo ratio reddenda est, quare non possint priùs habere vim obligandi, & est hæc. Lex est quædam jussio; ergo est quædam moralis allocutio directa ad subditos. allocutio autem non censetur esse completa, quamdiu non apta percipi ab illis ad quos dirigitur, ità quidem, ut quantùm est de se, possit percipi, nisi per accidens ejus auditio impediatur. ad hoc autem utique requiritur promulgatio: nam absque hac non per accidens, sed per se esset, quòd ignoraretur, & esset per accidens, si ab uno vel altero cognosceretur: ergo, &c.

Objicit Panormitanus *ex cap. 1 de Postulat. Prælat.* ubi dicitur, ad hoc ut quis ad observantiam constitutionum teneatur, sufficere, si *noverit eam solenniter editam, aut publicè promulgatam.* ergo disjunctim sufficit editio sine promulgatione. Verùm hoc nihil probat. nam ibi *solennis editio* non distinguitur à *promulgatione*, sed eam includit, ut patet ex toto contextu: nam excusatio Episcopi ideò non admittebatur, quia sententia erat sufficienter promulgata, ad quod non requiritur, ut singulis per speciale mandatum inculcetur.

12. Objici etiam possent Regulæ Cancellariæ, quæ non publicantur toti Ecclesiæ, & tamen obligant. ℞. Regulas illas publicari in Cancellaria, & obligare scientes à die publicationis, ut habet Rebuffus. Imò non sunt propriè Leges (cum exspirent morte Pontificis) sed solummodo Instructiones pro Officialibus Cancellariæ, quæ non tam de novo eduntur, quàm potiùs confirmatione Successoris continuantur.

13. Major controversia est, quandonam, factâ promulgatione, incipiat obligatio, ità ut quicúnque illius notitiam quomodocúnque acceperit, statim hoc ipso obligetur. Et quidem ex natura rei posse statim à puncto promulgationis incipere, si ità velit Legislator, est communis & vera Sententia, sicut etiam ex ejusdem Legislatoris voluntate potest ad certum tempus differri, ante quod nemo etiam sciens obligetur. Est ergo quæstio facti, quomodo de facto res se habeat.

14. Et quidem quoad Leges Cæsareas, respectu populorum seu Provinciarum Imperio subjectarum, habetur Nov. *66. ut factæ novæ Constitutiones:* ubi constituuntur duo menses, quibus elapsis incipiunt Leges civiles omnes obligare, postquam in singulis Provincijs publicatæ & promulgatæ fuerint. Neque refert, quòd illa Novella loqui videatur de solis Legibus ad testamenta spectantibus, nam in Rubrica extenditur sine limitatione ad omnes Leges, & ità receptum est. Rub. sic habet. *Ut factæ novæ constitutiones post insinuationes earum post duos menses valeant.*

15. Hinc deducitur, quòd Leges particularium Provinciarum intra Imperium existentium, nisi aliud exprimatur, statim omnes illius Provinciæ subditos obligent post duos menses lapsos post unicam solennem promulgationem, locò consueto, v. g. in Curia Principis factam.

16. Quoad Leges verò Ecclesiasticas sunt diversæ opiniones. Non pauci existimant, idem de his, quod de Civilibus, esse tenendum. Fundamentum præcipuum est, quia in ijs, in quibus Jus Civile non est contrarium Juri Canonico, si in Jure Canonico nihil speciale statuatur, etiam in foro Ecclesiastico observantur Leges Civiles, iuxtà vulgatissimam regulam: *Sicut Leges non dedignantur sacros Canones imitari, ità sacrorum statuta Canonum Principum constitutionibus adjuvantur cap. 1. de Novi operis nunt.* atqui in Jure Canonico nihil de tempore constitutum est: ergo. Hoc tamen non obstante;

17. Communior & in praxi recepta sententia est, Constitutiones, & Diplomata Pontificia, quæ de novo conduntur, statim omnes (qui ignorantiâ non excusantur) obligare post promulgationem in Curia Romana factam, nisi aliud in specie fuerit expressum. Excipi solent Leges irritantes contractus, quæ in singulis diœcesibus publicandæ sunt. Escobar etiam excipit revocatorias Privilegiorum & Indulgentiarum, ut videre est apud Antonium Coronium. Sed ego hujus exceptionis nullum clarum Jus invenio.

18. Fundamentum unicum & sufficiens est Usus & Consuetudo, quâ constat non requiri ad inchoandam obligationem, ut Constitutiones novæ

novæ in singulis Provincijs promulgentur. Sic Bulla Cœnæ, & Regulæ Cancellariæ non nisi Romæ promulgantur: ergo sicut quoad promulgationem in singulis Provinciis, ità etiam quoad lapsum duorum mensium, à Jure Civili recedit Jus Ecclesiasticum. Sanè Concilium Tridentinum ex constitutione Pii IV. *Sicut & sacrorum*, cæpit omnes obligare provincias Calendis Maij 1564. cùm tamen tunc non esset in singulis Provincijs promulgatum.

19. Quæ diximus hactenus, pro foro conscientiæ ità procedunt, ut qui post comparatam notitiam promulgationis legem transgressus est, culpam theologicam incurrat, etiamsi fortassis in foro externo posset ignorantiæ prætextu culpam purgare. Quapropter non solùm de transgressione gravi deberet se in confessione accusare (si lex obligavit in conscientia) sed etiam, si quem per transgressionem læsisset, teneretur ad restitutionem, prout facilè contingere posset in violatione legum ad contractus spectantium.

20. In foro externo aliter discuttendum est. Quoad leges Cæsareas post duos menses præsumitur in omnibus scientia, & secundùm hanc judicatur: si quis tamen offerret se ad probationem ignorantiæ inculpabilis, admittendus esset: certum siquidem est, posse aliquem post lapsum duorum mensium à promulgatione facta in sua provincia, inculpabiliter Legem ignorare, v. g. si in remotioribus regnis peregrinatus esset. Quoad Constitutiones Pontificias, pro majore minoréve distantia Provinciarum à Roma plus minúsve temporis labi debet, ut scientia præsumatur, v. g. intra vicinas Provincias, præsumitur scientia post duos menses, quia hoc tempus censetur sufficere, ut quis moraliter possit in notitiam latæ & promulgatæ Constitutionis venire: non tamen intra remotiores eadem est præsumptio, sed arbitrio judicis taxabitur cum proportione majus tempus, intra quod allegatio ignorantiæ tanquam probabilis admittetur, ultra illud scientia præsumetur, & ignorantia probanda erit, *c. innotuit. de elect.* quam si semiplenè probaverit, poterit illi à Judice in probationis supplementum juramentum deferri. *arg. cap. fin. qui matrim. accus. poss.*

21. Objici tamen posset Regula Juris 47. in 6. *Præsumitur ignorantia, ubi scientia non probatur.* Respondent aliqui, *P. Ernricus Pirhing assert. Can. de Constit. n.* 8. Regulam hanc procedere in illis, quæ occultè gesta sunt. Verùm contra urgeri potest & afferri instantia. Nam in Rescriptis præsumitur Princeps statuta à Jure dissonantia ignorare, adeoque noluisse illis præjudicare, & tamen statuta non sunt occulta sed publica. ℞. Ergo, regulam non procedere in illis, quæ in eum finem promulgata sunt, ut à subditis sciantur, qui etiam obligantur omnium legum notitiam communi & morali diligentiâ comparare: cùm ergo præsumantur huic obligationi satisfecisse, præsumuntur consequenter scientiàm comparâsse, nisi contrarium probent, alioquin eluderetur utilitas promulgationis.

CONTROVERSIA III.

Utrum Acceptatio seu Usu receptio ad Legis obligationem requiratur.

SUMMARIUM.

Discrimen inter Desuetudinem & Consuetudinem. 22.

Non usus seu non acceptatio dupliciter contingere potest. 23.

Pontifex aliique Prælati possunt obligare etiam contradicentes. 24.

Neque ad obligationem Legis civilis est necessaria acceptatio populi. 25.

Præsumitur obligatio non expectatâ acceptatione. 26.

Quomodo intelligendus can. 3. dist. 4. 27.

Quomodo Lex 32. ff. de Legib. 28.

Quomodo verum sit aliquam Bullam non esse receptam. 29.

Quando violatio est ab initio frequens in majore parte populi, nec Legislator punit, excusantur alii etiam ante abrogationem per decennium. 30.

Quænam dicatur Major pars communitatis. 31.

22. Distinguunt Legisperiti inter Desuetudinem & Consuetudinem Legi contrariam. Desuetudinem vocant ipsum Non usum Legis statim post promulgationem illius: Consuetudinem verò legi contrariam illiusque abrogativam vocant Non usum seu Non observantiam legis postquam jam usu recepta est.

23. Porro Non usus seu Non acceptatio legis dupliciter contingere potest. 1. Quando facto ipso controvenitur legi à majore parte communitatis. 2. Quando verbo vel scripto reclamatur, etsi necdum fuerit fortassis occasio legem observandi.

QUÆRITUR nunc primò, utrum per Desuetudinem seu Non usum legis impediatur vis obligativa legis, ità ut antequam lex usu recipiatur, non habeat vim obligandi. In qua controversia non pauci tum Jurisperiti tum Theologi *Inter quos est P. Jo. Azorius cap. 4.* ità loquuntur, ut sibi contradicere videantur. Dicunt enim, antequam Lex usu recipiatur, non obligare, quamvis Legislatori concedant potestatem obligandi ad ipsam acceptationem seu usu receptionem, sicut & potestatem puniendi transgressores. Hæc, ut dixi, nisi aliter explicentur, videbuntur non cohærere.

24. DICO itaque 1. Potest Pontifex, Legati, Episcopi, aliique inferiores Prælati obligare legibus Ecclesiasticis suos subditos etiam contradicentes, si Lex cæteroquin est justa & utilis. Probatur 1. Quia horum potestas ferendi leges est immediatè à Christo Domino, qui non dixit

dixit Petro: *Quidquid ligaveris ex consensu & acceptatione fidelium*; sed: absolutè: quidquid ligaveris &c. Probatur 2. Pontifex (& sic de cæteris) habet potestatem obligandi ad acceptationem; ergo habet potestatem obligandi immediatè ad observantiam legis. Antecedens concedunt adversarii, & patet ex eo, quòd si requireretur consensus populi, censeretur populus per consensum ferre legem cum Pontifice, quia ejus vis non minùs penderet à populi voluntate; sicut olim apud Romanos dicebatur populus legem condere, quando Consule interrogante populus annuebat. Consequentia probatur. Quia acceptatio aliud non est quàm usu receptio (in casu quo offertur occasio legem observandi) seu actualis observantia legis: ergo obligatio ad acceptandum est obligatio ad parendum.

25. DICENDUM 2. Neque ad obligationem legis Civilis est necessaria acceptatio populi. Ità plures, quos sequuntur Baldellus & Palao. Probatur. Quia, esto Princeps acceperit suam potestatem à populo, non tamen accepit ità limitatam & mancam, ut non posset obligare nisi accedente consensu populi, ob rationem paulò antè ponderatam.

Confirmatur. Potest Princeps transgressores primos statim punire, ut fatentur adversi: ergo erant Lege constricti: nam ut habet Juris Regula 23. in 6. *Sine culpa non est aliquis puniendus.* haberet enim transgressor justam excusationem, dicendo, Legem nondum esse à majore parte communitatis usu receptam, ac proinde non obligare. Hinc

26. Infertur, quòd defacto, nisi aliud exprimatur, censeri debeat Legislator velle obligare non exspectatâ acceptatione. Colligitur ex eo, quòd primi transgressores non minùs puniantur, quàm posteriores.

27. Non obstat primò illud Gratiani c. 3. dist. 4. *Leges constituuntur, cùm promulgantur, firmantur, cùm moribus utentium approbantur.* Nam, ut taceam textum hunc non esse canonizatum, sensus non est, quòd moribus utentium accipiant vim Legis, nam potiùs contrarium supponitur, dum dicuntur Leges constitui promulgatione. dicuntur ergo firmari hoc sensu, quòd licèt ante acceptationem habeant vim obligandi, ea tamen vis non est adhuc stabilis, nisi accedat acceptatio, ità ut ex populi usu constet eas dignas esse, quæ perennent, & non abrogentur, sicut abrogandæ essent, si moribus non convenire deprehenderentur, imò ipso non usu abrogarentur: unde communis habet Sententia, quòd stabilitatem accipiant primùm post decennium à promulgatione, intra quod si usu non recipiantur, dicuntur Desuetudine abrogatæ, etiamsi Legislator nesciat hanc frequentiam transgressionum. Si verò fuerint intra decennium acceptatæ, jam non possunt ampliùs desuetudine abrogari, sed opus est, ut consuetudine contrariâ intra legitimum tempus præscribatur, ut suo loco dicetur.

28. Non obstat 2. Lex *de quibus*: ff. de Legibus, ubi dicitur: *Leges nullà alià de causà nos tenent, quàm quòd judicio populi receptæ sint.* Ex ipso enim contextu constat de sensu verborum, quòd nimirum in tantùm nos teneant Leges stabiliter, in quantùm per desuetudinem non sint abrogatæ, nec contrariâ consuetudine præscriptæ.

29 Ex dictis intelligi potest, quo sensu accipiendum, & verum esse possit, quod frequenter dicitur, hanc vel illam Bullam non esse in Germania receptam: tunc enim verum erit, quando spatio longi temporis (quod in Jure est decennium) per non usum desuetudine est abrogata.

30. DICO 3. Quando violatio Legis ab initio statim est valdè frequens in majore parte populi, & Legislator sciens non punit, cùm punire possit, excusantur reliqui ab observatione Legis etiam ante elapsum decennium, & abrogationem Legis per desuetudinem. Ratio est, quia cùm per hujusmodi frequentem transgressionem jam incipiat aliquatenus apparere, quòd Lex moribus subditorum non sit accommodata, prudenter præsumitur de Legislatoris tacito consensu, quo vult Legis obligationem suspendere, donec vel plenè appareat Legis inconvenientia, vel tandem usu recipiatur, & firmetur.

31. QUÆRES, quo sensu accipiatur *major pars* communitatis aut populi, ut dicatur Lex vel usu recipi, vel abrogari. Ratio dubitandi est, quia si ità nudè & simpliciter sumenda esset, sequeretur, hoc ipso, v. g. Germaniam aliquâ Lege teneri, si illa à cæteris omnibus provinciis & regnis esset recepta, cùm tamen contrarium constet; nam Tridentinum quoad Decreta ad reformationem spectantia non est receptum in Gallia, & sic de aliis. Ad hoc quæsitum insinuat responsionem Azor *lib.* 5. *c.* 4. *q.* 3. his verbis. Quando variæ ac multæ provinciæ uni Principi subjectæ sunt diversarum gentium, sæpè diversis moribus, ritibus, cæremoniis & legibus utuntur, ac proinde tunc non sufficit, si Legem major pars provinciarum recipiat, ut in aliis quòque provinciis usu recepta habeatur. Ità Azor: quorum sensus est, majorem partem Communitatis debere esse respectivè ad talem provinciam, seu in tali provincia, cujus mores vivendique ratio exigunt habere leges proprias, eò quòd in una provincia difficillimum esse posset, quod in alia non est specialiter difficile observatu. Eadem mens est P. Valentiæ *disp.* 7. *q.* 5. *p.* 5. *q.* 5. cujus verba ob prolixitatem non transcribo.



CON-

CONTROVERSIA IV.

Qualis possit esse Forma vel Materia Legis humanæ.

SUMMARIUM.

Lex debet reipsà esse utilis bono communi. Et pro utilitate stat præsumptio, quando contrarium non est evidens. 32.

Non est de essentia Legis, esse scripto comprehensam. 34.

Sententia decisiva litis à Principe lata an habeat vim legis. disting. 35.

Quænam possit esse materia legis. an actus merè interni. 36.

32. Certum est, Legem, ad hoc, ut, per se loquendo, obliget, debere non solùm videri Legislatori utilem ad bonum commune promovendum, verùm etiam reipsà esse: unde si alicui evidenter, aut ex revelatione divina constaret, legem esse inutilem, non teneretur lege, per se loquendo, sed fortè per accidens ratione scandali. Vix tamen contingere potest, quin subditi lege teneantur, quando ejus utilitas inevidens est: nam in hoc puncto tenentur subditi suum judicium subjicere judicio superiorum; & prudentia dictat, subditum debere in re obscura potiùs præsumere, superiorem non errare, etiamsi subditum lateat æquitas legis, eò quòd superiores multa noverint arcana, quæ subditos scire non expedit. Sanè si licitum esset cuivis subditorum, seipsum judicem constituere super æquitate legis, quis non videt, quanta confusio & perturbatio nascitura esset? ergo non debet in subditis esse hæc licentia, ut constat ex nostra regula moralitatis tradita *l. 2. Th. Spec.* nempe ea non licere, quorum licentia plus mali afferret quàm boni.

33. DUBITATUR 1. circa formam Legis, an Lex debeat ferri scripto. Ratio dubitandi est, quia *Jus* tam Civile quàm Canonicum dividitur in *Scriptum* & *Non Scriptum*, & per Jus Scriptum intelliguntur Leges à Superiore constitutæ: per Jus non Scriptum intelliguntur Consuetudines, quæ vim Legis habent.

34. Ad dubium respondetur. Etsi conveniens sit, Leges scripto comprehendi, id tamen non est de Natura Legis prout hæc differt à Consuetudine, sicut nec econtra de natura Consuetudinis est, ut non sit scripto comprehensa. Prima pars constat ex Legibus Christi & Apostolorum, quæ obligabant, antequam scripto comprehenderentur. deinde constat ex ipso Jure tam Civili quàm Canonico. Nam cap. Institutionis 25. q. 2. dicitur: *Institutionis nostræ decreta*, sive quæ scripto decernimus, *sive quæ in nostra præsentia videntur esse disposita, nolumus ex quavis occasione convelli aut irritari.* & in §. *sed & quod. Instit: de Jure Nat. G. & C.* habetur: *Quodcunque ergo Imperator per Epistolam constituit, vel cognoscens decrevit, vel edicto præcepit, Legem esse constat.* Altera pars constat ex Jure Feudali quod Corpori Juris insertum est, & tamen Jus Consuetudinarium est.

Quod ergo Jus Consuetudinarium vocetur Jus non scriptum, Lex verò Jus Scriptum, est denominatio à potiori.

35. Occasione hujus quæritur, an vim Legis habeat Sententia decisiva litis à Principe lata, ità ut in similibus casibus alii inferiores Iudices illam Principis decisionem tanquam legem sequi teneantur. Affirmat communis sententia. Negat Covarruvias, Suarez, Palao, sed cum distinctione. Nam si Princeps aliquo signo declararet, se suam decisionem deinceps pro lege haberi velle, utique vim legis haberet; & hujusmodi sunt plures leges Iuris Canonici & Civilis, quæ à principio erant Sententiæ Pontificum & Imperatorum, sed postquam eorundem voluntate Corpori Iuris insertæ sunt, leges evaserunt. Absque hoc autem negandum est habere vim legis, quia Decisio per se & formaliter tribuit Ius partibus litigantibus, Lex verò inducit obligationem communem, respiciens bonum commune in futurum.

36. DUBITATUR 2. Quænam possit esse materia Legis. ℞. 1. Non tantùm actus Iustitiæ, sed etiam aliarum virtutum præcipi possunt, non solùm Lege Ecclesiasticâ, sed etiam Civili. ℞. 2. Actus merè internos Lex humana non potest præcipere. colligitur *ex can. 1. 15. q. 6. & cap. sicut: de Simonia, & cap. tua nos. eod. tit. & leg. 18. ff. de Pœnis*, ubi ratio indicatur: quia cùm actus interni ex se sint insensibiles, non possunt à sensibili regimine gubernari, puniri, aut præmiari, & consequenter non debent posse præcipi. Excipiuntur tamen Superiores Regularium, qui vigore voti obedientiæ possunt etiam actus merè internos præcipere, v. g. determinatam intentionem. Neque refert, quòd in istis videatur æquè procedere ratio allata, quòd puniri, præmiarique non possint. Ratio enim hæc procedit de illis legibus, quæ primariò spectant bonum publicum, & non privatum singulorum. ℞. 3. Possunt tamen actus interni præcipi, in quantùm per se conjunguntur actui externo, à quo possunt manifestari, tanquam ab effectu, vel cui tribuunt tanquam forma essentialis moralem æstimationem, v. g. quando lex civilis præcipit venditionem frumenti, utique præcipit voluntatem transferendi dominium: item quando Ecclesia præcipit auditionem Missæ, Confessionem &c. præcipit attentionem, dolorem &c. quia hi actus sunt necessarij, ut quis dicatur moraliter audivisse Missam, Sacramentum Pœnitentiæ recepisse.

Ratio ulterior est, quia licèt finis legis non cadat sub legem, potest adhuc Legislator præci-

pere

pere totam ſubſtantiam actûs idonei ad finem aliquo modo obtinendum: v.g. ſi Iudæis præcipitur auditio Concionis, finis legis eſt, ut convertantur, & licèt non hoc ipſo obligentur tali præcepto ad ſuſcipiendum baptiſmum, obligantur tamen ad auditionem concionis, utpote idoneam ad converſionem: unde non ſatisfacerent, ſi præſentes alia tractarent, quæ attentionem impedirent.

CONTROVERSIA V.

Quam vim obligandi habeant Leges humanæ, ubi de Lege Pœnali.

SVMMARIVM.

Lex tam Civilis quam Canonica poteſt obligare in conſcientia. 37.
Vnde colligendum, quòd Legislator velit obligare in conſcientia. 39.
Vnde colligenda gravitas materiæ. 44.
Quænam dicantur Leges Pœnales. 42.
Lex continens verba præceptiva vel prohibitoria, etiamſi deinde adjiciatur pœna, cenſeri debet obligare in conſcientia, ſi id patitur legis materia. 45.
Leges pœnales quandoque obligant in conſcientia. 46.
Non tamen omnes. 47.
Regula imponendi obligationem in conſcientia diverſa ſtatuitur pro diverſitate perſonarum. 48.
Quanto cum incommodo obligent Leges humanæ. 50.
Qualem intentionem habere debeat ſubditus in obſervatione Legis. 51.

37. QVÆRITVR 1. An Lex tam Civilis quàm Canonica poſſit obligare in conſcientia, & ſub peccato mortali. ℞. Affirmativè contra Gerſonem & Almainum, videtúrque aliquibus eſſe de fide, propter illud S. Pauli ad Rom. 13. *Omnis anima poteſtatibus ſublimioribus ſubdita ſit, &, qui poteſtati reſiſtit Dei ordinationi reſiſtit.* De Lege Canonica quidem ſenſus fidelium omnium eſt, ſe ſub peccato teneri ad jejunia præcepta, ad audiendam Miſſam die feſto. Quoad Poteſtatem Civilem id ipſum indubitatum eſt. Nam talis obligandi poteſtas eſt omnino neceſſaria ad rectam gubernationem inſtituendam: ſi enim Leges omnes non niſi ſub pœna temporali & à Legislatore infligenda terrerent, quis rem ſecum conſiderans non advertit, quàm rara futura eſſet obſervantia, quot occultæ transgreſſiones? ut proinde finis Legis plerúmque non obtineretur.

38. Néque refert, quòd Magiſtratus Civilis non adeo immediatè ſit inſtitutus à Deo, ſicut Poteſtas Eccleſiaſtica, ſed aliquo modo habeatur à populi ſpontanea ſubiectione. Deus enim ſuam voluntatem accommodat, & declarat ſibi graviter diſplicere illud, quod Magiſtratus vult eſſe graviter prohibitum; ſicut voluntas contrahentium inducit obligationem in conſcientia, quatenus eâ poſitâ Deo diſplicet omnis actus contrarius, ut declarabitur in tractatu de Contractibus. Et hinc, licèt ipſe Legislator non poſſit infligere pœnam æternam, poteſt tamen, ex ordinatione ſupremæ Poteſtatis divinæ, reddere actum aliquem dignum æternâ pœnâ à Deo infligenda: nam reverà etiam poteſtas Civilis eſt à Deo, ſed ſuppoſitâ electione, & conſenſu ſubditorum, penes quos eſt determinare formam Regiminis & Reipublicæ.

39. QVÆRITVR 2. Vnde colligi poſſit, quod Legislator velit ſuâ Lege ſub mortali obligare. Aliqui volunt, id colligendum eſſe ex vocabulis, cujusmodi ſunt, *Præcipimus: præcipiendo mandamus: jubemus: obligamus: inhibemus: vetamus: prohibemus: interdicimus: teneantur: debeant: neceſſe eſt: non liceat: & ſimilia.* Verùm alii meritò notant hanc non eſſe regulam univerſalem. Cùm enim Legislator poſſit etiam in materia gravi velle ſolùm leviter obligare, & tamen uti hujusmodi vocabulis, nihil poterit ſufficienter ex his vocabulis diſcerni: quamvis ut plurimùm poſſit hæc Regula obſervari pro praxi.

40. Alii communiùs dicunt, tunc Legem obligare ſub mortali, quando verſatur in materia gravi, & Legislator non declarat intentionem contrariam. Verùm, ipſa materiæ gravitas unde colligenda ſit, eſt ulteriùs declarandum: v.g. unde colligendum ſit, quòd auditio Miſſæ, jejunium unius diei, recitatio horarum canonicarum unius diei, ſit materia gravis, non item ſermocinatio cum excommunicato ſufficiens ad incurrendam minorem excommunicationem, quæ tamen non ſit peccatum mortale.

41. Gravitas ergo Materiæ colligenda eſt ex fine quem Legislator per Legem intendit, ità ut ſine gravi obligatione non eſſet ſpes magna finem illum obtinendi. Cùm enim poteſtas obligandi ideo inſtituta ſit, ut ubi comminatio pœnæ non poteſt ſufficienter abſterrere, pondus addat obligatio in conſcientia, quam multi pluris faciunt quàm pœnam temporalem, tunc Legislator cenſebitur velle graviter obligare, quando talis obligatio eſt neceſſaria ad finem à Lege intentum, & valde conducentem ad Reipublicæ felicitatem, cujusmodi ſunt Pax, Iuſtitia, Religio, &c. Hinc fit, ut materia, quæ ſecundùm ſe non eſſet gravis, in certis circumſtantiis gravis evadat, quia eſt neceſſaria ad felicitatem Reipublicæ promovendam: v.g. extractio frumenti tempore famis, diſtractio armorum aut equorum extra regnum tempore belli; abſentia Medicorum tempore peſtis, & ſimilia.

42. Controverſia gravis eſt, utrum Leges pœnales, & quænam cenſeri debeant obligare in conſcientia. Pro quo ſciendum eſt, Leges pœnales in

les in genere illas dici, quæ minantur pœnam aliquam temporalem transgressoribus. Dividuntur in mixtas, & purè pœnales: Mixtæ dicuntur, quæ duo habent membra, quorum primo aliquid jubetur aut vetatur, altero adjicitur pœna transgressoribus. v. g. *Nemo frumentum evehat ex Imperio: si quis evexerit, ejus bona confiscabuntur.* Purè pœnales solius pœnæ mentionem faciunt. v. g. *Qui ligna in tali sylva ceciderit, centum imperialibus mulctabitur.*

43. Prima Sententia est, nullam Legem pœnalem obligare in conscientia, si aliunde non constet, Legislatorem velle etiam in conscientia obligare. Dixi: *Si aliunde non constet.* Si enim Lex Ecclesiastica diceret *Sacerdos: qui talia arma gestaverit, suspendatur:* vel: *sit ipso facto suspensus:* esset quidem purè pœnalis, sed absq; dubio obligaret in conscientia. cùm enim censura Suspensionis infligi non possit, nisi ob culpam gravem, & tamen ex natura rei non esset fortè culpa gravis gestare talia arma, sequitur talis Legis hunc sensum esse: *Sub gravi culpa, pœnâ suspensionis puniendâ, prohibemus Sacerdotibus talia arma, venationes &c.* Sententia hæc est inter alios Navarri, *c. 23. num. 55. & seqq* & in eam propendet P. Valentia, *disp. 7. q. 5. p. 6.*

Secunda Sententia distinguit, & affirmat de Legibus mixtis, negat de Legibus purè pœnalibus. Est communis Recentiorum, Vasquez, Sanchez, Suarez, Azor. Granad. Castro Palao, *tract. 3. d. 1. p. 15. n. 8. & 10.*

44. Tertia Sententia est, omnes omnino Leges pœnales obligare etiam in conscientia, præscindendo adhuc ab obligatione ad pœnam (de qua est specialis difficultas.) Ità post plures alios Salas, *disp. 15. s. 1. n. 13.* qui tamen deníque *n. 18.* ità suam Sententiam limitat vel declarat, ut in effectu & ad praxin nihil à secunda differre videatur. Reducit enim Leges, quas alij *purè pœnales* vocant, ad Leges conventionales, quas negat obligare in conscientia, non obstante, quòd Lex injungat aliquid nomine pœnæ: nam ex fine (inquit) Legislatoris, & qualitate materiæ colligitur, quòd Lex solùm velit nimiam licentiam frænare, ne, v. g. cedendo ligna, venando, &c. nimia strages fiat in montibus, sylvis, pascuis, &c. vel ex illis bonis excerpere aliquam utilitatem pro communibus expensis & sumptibus.

45. DICO 1. Omnis Lex continens verba præceptiva, vel prohibitoria, etiamsi deinde adjiciatur pœna, censeri debet obligare in conscientia, si id patitur Legis materia, & Legislator aliud non declarat, prout declarârunt aliqui fundatores Religionum, nolentes obligari subditos regulis suis. Probatur. Verba sunt interpres mentis: ergo si verba sonant Legem propriè dictam, hoc est, obligatoriam, mens quóque Legislatoris talis esse præsumenda est, alioquin innumeræ Leges eludentur, cùm vix ullâ Lege in terminis formalibus exprimatur obligatio sub culpa mortali.

46. DICO 2. Leges purè pœnales quandoque obligant in conscientia, & hoc tribuo tertiæ Sententiæ. Probatur. Quia sæpè earum materia talis est, ut ad finem per eas intentum non sufficeret præcisè minari pœnam illis qui deprehendentur, sed opus est ut conscientia gravetur: est enim quandoque Lex circa materiam talem, v. g. circa venationem, ut ad eam boni æquè ac mali alliciantur: cùm ergo boni magìs moveantur honestate, & absterreantur inhonestate, mali autem econtra pœnis solùm terreantur, juxta illud Horatij: *Oderunt peccare boni virtutis amore: oderunt peccare mali formidine pœnæ:* requirit legis materia, ut lex etiam conscientias gravet; ergo censebitur ea esse mens Legislatoris, quia præsumendus est obligare velle meliore modo quo res exigit. Hujusmodi leges existimo esse, quæ severè puniri jubent jaculatores ferarum; adeo enim talibus videmus indignari Principes, ob perniciosos effectus, qui ex tali licentia timendi sunt, ut deprehensi parùm absint ab infamiæ nota: neque credo huic conclusioni adversari velle authores primæ & secundæ sententiæ.

47. DICO 3. Non omnes tamen leges verbis purè pœnalibus conceptæ obligant in conscientia, & hoc tribuo secundæ sententiæ. Probatur. Quandoque materia talis est, ad quam rarissimè alliciantur boni, aut si alliciuntur, ex bono fine feruntur: (ponimus autem materiam esse ex natura rei indifferentem) in tali casu non expedit gravari conscientias, esset enim illaqueare conscientias sine fructu: nam mali talem obligationem flocci pendent, à bonis autem non imminet illud malum, ad quod cavendum lex fertur: ergo lex tantùm fertur ad absterrendos malos, respectu quorum unicè vim habet interminatio pœnæ. Hujusmodi lex esset, quæ pœnam taxatet gravem ambulantibus noctu sine lumine: cùm enim homines honesti non soleant noctu per plateas vagari, & tamen contingat eos ex causa sine lumine quandoque incedere, non debet propter hos imponi obligatio in conscientia, à quibus non timentur illa incommoda, ad quæ impedienda lex ferretur.

Quæ hactenus diximus, ad dirigendas subditorum conscientias faciunt. Quod si Legislator ex me quærat, quænam ipsi Regula præ oculis habenda sit in imponenda obligatione in conscientia, vel solâ pœnâ, Respondeo &

48. DICO 4. Ex circumstantia Personarum quibus lex fertur, id pendet, ut jam insinuatum est, & nunc declaratur in triplici genere personarum, nempe, communium civium, militum, & incarceratorum. Cives communiter nec sunt pessimæ, nec etiam tenerrimæ conscientiæ, sed alii boni, alii mali: ergo ità expedit civibus ferre legem, ut & bonos & malos aliquâ

ratione ad observationem compellat, & à transgressione absterreat: quia verò communiter non potest fieri bonorum à malis discretio, expedit in omnes æqualiter ferri legem obligantem ad culpam & ad pœnam, nisi, ut jam monui, aliud ipsa materia suaderet.

Econtra pro militibus communiter expedit non ferri nisi legem comminatoriam pœnæ etiam gravissimæ, pro delictis alioquin secundùm se levissimis, absque tamen obligatione in conscientia. Quia in militari disciplina sæpè minimi quoad apparentiam defectus evaderent gravissimi & periculosissimi, si impunè fieri possent, & non gravissimâ pœnâ plecterentur, cùm hoc hominum genus levibus pœnis non absterreatur. Non tamen expedit eos obligari in conscientia: quia militum plerique hujusmodi obligationem nihili facerent, imò plerumque ignorarent.

49. Simili modo de incarceratis discurri potest: Nam amor propriæ vitæ tantus est, ut grave nimis esset, & impar humanæ conditioni, si lege humanâ possent obligari in conscientia ad non tentandam fugam. Quia verò effractio carceris est culpa quædam politica, debebat saltèm comminatione pœnæ posse coërceri, quia talis pœna non est certò infligenda, sed dubia, nempe si fugitivus iterum comprehendatur, quod periculum debet subire, & si comparetur cum spe elabendi, non est nimium.

50. QUÆRITUR nunc 3. Quanto cum incommodo teneatur quis humanam legem observare. ℟. Attendendum esse finem, quem primariò intendit Legislator: si enim intendat primariò bonum privatum singulorum, ut est præceptum audiendi Missam, jejunandi, solvendi decimas &c. non obligant cum gravi detrimento rei familiaris, honoris &c. at verò si primariò intendat bonum commune, cujus necessitas urgeat, potest lex humana obligare etiam cum manifesto periculo vitæ, ut fit tempore belli, & impugnationis urbium, ubi cives obligantur ad defendenda mænia. An autem huc pertineant leges, quæ communem ritum sacrum concernunt, ut, miscere aquam vino consecrando, celebrare in vestibus sacris, in azymo &c. dubium est: affirmat Ferdinandus à Castro Palao obligare cum periculo vitæ, etiam quando abest scandalum & contempus Religionis. Quod mihi difficile est: verùm quia in praxi casus non facilè occurret, non est immorandum. quodsi hoc ab hæreticis exigeretur, esset utique etiam cum vitæ jactura obsistendum, quia exigerent in contemptum Religionis.

51. QUÆRITUR 4. Qualem intentionem habere debeat subditus in observatione legis. ℟. 1. In implendis præceptis negativis nulla requiritur intentio, sed satis est, non fecisse id, quod prohibetur: ut: non furari, non mœchari &c. ℟. 2. In implendis præceptis affirmativis ut deobligeris, nec illis ampliùs tenearis, non est necesse, ut reflexè intendas satisfacere præcepto, sive: facere hoc, quia præceptum est: sed satis est, si rem illam quæ præcepta est, & cum illa integritate quâ præcepta est, facias, etiamsi non memineris præcepti, imò etiamsi expressum actum haberes, te hac vice nolle satisfacere præcepto, v. g. te nolle hujus sacri auditione satisfacere præcepto Ecclesiæ, tunc inquam adhuc satisfaceres, possésque deinde nolle aliud audire, si absit erronea conscientia. Ratio est, quia Lex plus non intendit, quàm ut ponatur auditio sacri, hoc enim satis est ad finem legis: ergo hoc obtento Lex quiescit. Extendit hoc Castro Palao ad satisfactionem voti & pœnitentiæ injunctæ à Confessario. ℟. 3. Satisfieri etiam præcepto per actum qui ex circumstantia extrinseca vitiatur: ut, si jejunes ex vana gloria. Sola enim substantia actûs, non modus præcipitur.

CONTROVERSIA VI.

Quænam Personæ Legibus obligentur.

§. I.

De Persona Legislatoris.

SVMMARIVM.

Quomodo Legislator ipse suis legibus teneatur. 52. 54.
Duplex vis legum, Directiva, Coactiva. eod.
Non peccat mortaliter, violando sine causa. 55.
Quando teneatur se conformare legibus municipalibus. 56.
An Princeps teneatur suis legibus irritantibus. 57.
Ad legis transgressionem quandoque sufficit, actum in territorio consummari, qui extra positus est. 58.
Non potest alioquin Lex obligare existentes extra territorium. 59.
Quomodo intelligendum: Extra territorium jus dicenti. &c. 60.
Discrimen inter Præceptum & Legem quoad hoc punctum. 63.
Peregrini legibus sui territorii non tenentur. 65.
An, si tempus legis incepit, tenearis ante discessum ex domicilii loco legem implere.
Cùm distinctione respondetur. 66.
Quidsi Lex obliget ad actionem divisibilem indivisibiliter. 68.
Quidsi quis rediret ad locum domicilii ubi Lex obligat illo die? 70.
Quidsi legem alibi implevit, & redit ad locum, ubi obligatio necdum capit. 36.
An leges respicientes delictum in territorio consummatum, teneant delinquentes extra territorium existentes. 72.
An peregrini teneantur legibus loci per quem transeunt. 73.

An

52. QVÆRITVR 1. Vtrum & quomodo Legislator ipse suis Legibus teneatur. Est autem sermo de illis Legibus, quarū observantia possit ipsum Principem decere. Pro resolutione

Observandum est, duplicem vim inesse Legibus, quarum una vocatur *Directiva*, estque ipsa vis obligandi in conscientia: altera vocatur *Coactiva*, in quantùm facit reum pœnæ à Legislatore infligendæ transgressori. Certum est Legislatorem non teneri suis Legibus quoad vim coactivam, accipiendo Legislatorem adæquatum; à quonam enim cogetur ad sustinendam pœnam, cùm respectu Legis à se latæ superiorem non agnoscat, & ad ipsum pertineat transgressores etiam invitos punire? nemo enim seipsum potest punire propriè loquendo, cùm Justitia vindicativa sit ad alterum inferiorem, quem etiam invitum punire potest.

53. Dixi :accipiendo *Legislatorem adæquatum*. Nam qui est pars seu membrum constituens cum alijs Magistratum, consideratus ut privatus tenetur Legibus à se partialiter latis, non minùs quàm cæteri subditi. Sic Episcopi subjecti sunt Legibus Conciliorum quibus interfuerunt; nam seorsim sumpti subsunt Concilio. idem dicendum de Prælato constituente Leges cùm toto Capitulo. Restat ergo quæstio de vi directiva, de qua affirmant Suarez, Lessius, Bonacina, Laym.

54. Probabilior tamen opinio est negativa, scilicet, Legislatorem non teneri suâ Lege directè, propriè & ex virtute per Legem intenta, sed occasione Legis latæ teneri Lege naturali, & ex virtute potestativa se cum subditis conformare, ijsque exemplo præire. Ità tenent Azor, Salas, Palao. Probatur. quia talis obligatio esset planè elumbis, utpote quam Legislator in seipso tollere posset ad libitum, & toties tollere per dispensationem censeretur, quoties vellet Legem non servare. Esset ergo non magis efficax ad stringendum, quàm si Legislator ferret Legem subditis, factâ simul declaratione, quòd cum singulis dispenset conditionatè, toties quoties noluerint Legem servare, quod ex terminis esset inconveniens. Rectiùs ergo dicitur, quòd solùm obligetur lege naturali conformandi se cum subditis, tanquam caput cum membris, in illis, in quibus ipse vellet membra gravare, prout benè expressit Paul. Jure Consultus *in l.23. ff. de Legatis. 3. Decet tantæ Majestati, eas servare Leges, quibus ipse solutus esse videtur.* quin & ipsi Imperatores Antoninus & Severus *Instit. quibus mod. testam. infirm.* dicunt: *Licet Legibus soluti simus, attamen Legibus vivimus.*

55. QUÆRES 2. Utrum Legislator peccet mortaliter suam Legem sine causa violando. ℞. Negativè, si absit scandalum, aut aliud grave damnum alterius, aut circumstantia inducens aliam speciem peccati. Ratio est, quia non est gravis inordinatio, si Legislator, cessante scandalo, & aliâ ratione extrinsecâ jam indicatâ semel iterúmque recedat à conformitate cum subditis.

56. QVÆRES 3. Vtrum teneatur Legislator se conformare legibus particularibus seu municipalibus à se confirmatis, si in illa provincia existat. ℞. Negativè: cùm enim sit etiam caput alteriùs provinciæ non habentis tales Leges, potest se huic conformare, semper tamen secluso scandalo, vel damno alterius, &c. Nam si Princeps in aliqua Provincia hæres scriberetur, teneretur ad omnia onera hæreditaria legibus à se conditis introducta, *arg. legis 2. ff. de officio Procuratoris Cæsaris vel rationalis. Quod si* (inquit Paulus IC.) *ea bona ex quibus Imperator hæres institutus est, solvendo non sint, re perspectâ consulitur Imperator: hæredis enim instituti in adeundis vel repudiandis hujusmodi hæreditatibus voluntas exploranda est.* Quamvis in hoc casu videatur Princeps adeundo hæreditatem ex tacito pacto, & ut persona privata teneri.

57. QVÆRES 4. An Princeps teneatur suis Legibus irritantibus aliquem contractum aut dispositionem, v.g. si Princeps esset usurarius, an ejus testamentum esset nullum vigore legis irritantis testamenta usurariorum: item: an Principis testamentum, carens solennitatibus, esset nullum. P. Suarez in priore casu negat, quia irritatio ibi habet rationem pœnæ, in posteriore concedit; quod tamen mihi non placet. Si enim Princeps potest authoritate suâ supplere omnes defectus testamenti alterius, quidni defectus testamenti proprii? Nullus ergo actus principis est irritus ex lege ab ipso Principe la-

ta. Dixi : *Actus Principis.* unde non est ad rem ille casus quem aliqui in contrarium afferunt, nempe, quòd testamentum hominis privati, quo Principem hæredem scripsisset sine debitis solennitatibus, esset nullum. Nam hic actus est quidem circa principem, sed non est actus principis. Hinc infertur, quòd beneficium à Papa simoniacè obtentum posset retineri, quia interveniret actus Papæ, nempe collatio simoniaca, ut tenet Lessius. *lib. 2. de Just. c. 35. dub. 5. contra Adrianum & Jo. Andream.*

§. II.

De Peregrinis seu Forensibus : declaratur axioma Juris ex cap. 2. de Constit. in 6. extra territorium jus dicenti &c.

58. QUÆRITUR 1. utrum de Natura Legis sit, ut non liget nisi existentes intra territorium, vel an possit condi Lex obligans etiam existentes extra territorium, hoc est, ità ut subditus violans legem extra Legislatoris territorium, peccet contra legem, vel incurrat censuram latam in transgressores.

Imprimis non est necesse, ut transgressor semper existat physicè intra territorium, sed quandoqne committitur in legem, quatenus effectus qui vel præcipitur vel prohibetur, non ponitur, vel ponitur in territorio, & sic transgressio legis in territorio consummatur. v. g. Canonicus absens eo tempore quo deberet adesse suæ Ecclesiæ ponit existens extra territorium effectum prohibitum, nempe absentiam intra territorium, seu, quod idem est, non ponit effectum præceptum, nempe præsentiam, & sic moraliter censetur delinquere intra territorium: ibi enim censetur aliquis delinquere, ubi non facit, quod ibi facere deberet : *arg. leg. 121. ff. de R. I. Qui non facit, quod facere debet, videtur facere adversus ea, quia non facit. Et qui facit, quod facere non debet, non videtur facere id, quod facere jussus est.* Ratio autem est, quia nisi taliter obligare posset Legislator existentes extra territorium, non posset satis providere commodis & utilitati sui territorii ; unde valent statuta prohibentia exerceri mercaturam extra territorium, & similia. De hoc iterum infrà, n. 72. Nunc circa quæsitum

Prima sententia affirmat posse legem obligare etiam extra territorium existentes ; v. g. posset Episcopus per statutum generale infligere excommunicationis censuram omnibus abigeis, prædonibus &c. ità ut etiam extra territorium delinquentes censuram incurrerent. Ità sentiunt Salas *d. 14. s 7. n. 90.* Basilius Pontius *l. 5. de Matr. c. 7.* §. 2. & Ferd. à Castro Palao. *p. 24. §. 5. à n. 21.*

59. Secunda & communis, mihíque vera sententia, negat posse legem obligare existentes extra territorium.

Probatur authoritate Bonifacii VIII. *in cap. ut animarum. 2. de Constit. in 6.* cujus hæc verba sunt. *Statuto Episcopi, quo in omnes qui furtum commiserint, excommunicationis sententia promulgatur, subditi ejus furtum extra ipsius diœcesin committentes minimè ligari noscuntur, cùm extra territorium jus dicenti non pareatur impunè.*

60. Respondet Palao, non esse contentiosam Jurisdictionem (de qua sola intelligendum esse dictum axioma omnes fatentur) quæ redditur in invitum præcisè (ut communiter distingui solet à Iurisdictione non contentiosa) sed quæ indiget testibus, citatione, aut aliâ juris solennitate. quando ergo solùm pendet obligatio à voluntate obligantis, non contentiosa, sed voluntaria Iurisdictio censenda est.

Verùm, si hæc responsio solida esset, inepta fuisset consequentia Pontificis : *Extra territorium jus dicenti* (per citationem, testium receptionem, &c.) *non pareetur impunè. Ergo statutum fulminans excommunicationem in fures, non ligat furantes extra territorium.* Nam ipsi adversarii tradunt (& est certissimum) posse incurri excommunicationem absque citatione &c. est ergo hæc interpretatio frivola & arbitraria.

61. Objiciunt. Non est ulla ratio, cur possit Superior suo præcepto tam speciali quàm generali obligare subditum extra territorium existentem, & non possit etiam lege aut statuto. sed illud prius posse fatentur communiter omnes, v. g. si Superior imponeret alicui præceptum non ludendi aleis, violaret præceptum etiam extra territorium ludens aleis: Ergo &c.

Ad hanc objectionem respondent RR. *P. Ernricus Pirhing. assert. 6. Can. th. 13. Layman l. 1. Decret. in cit. cap. n. 3.* communiter post Suarez, differentiam esse inter legem seu statutum, & præceptum Superioris, quia lex sive statutum cùm perpetuam ac stabilem obligationem habere debeat, directè ac immediatè afficere censetur territorium Legislatoris, indéque in personas subditas ibi existentes fertur : præceptum verò directè & immediatè tendit in personas subjectas secundùm se; earúmque velut ossibus cohæret, ideoque illas obligat & afficit, ubicunque existant.

62. Hæc tamen responsio, & disparitas, nullâ ratione satisfacit, nisi aliud addatur. infringitur enim ex Regulis seu Constitutionibus Religionum obligationem inducentibus in conscientia. quæro enim ex adversariis: vel habent rationem Legis, vel tantùm rationem præcepti : quidquid dixerint, destruunt datam responsionem : si enim velint esse Leges seu statuta ; ergo etiam Lex potest inhærere ossibus subditorum. Nam illæ Regulæ obligant, ubicunque subditus existat: si velint esse Præcepta : ergo Præceptum potest etiam habere obligationem stabilem & perpetuam (talem enim habent illæ regulæ) ergo ex hac stabilitate malè infert. 1,

fertur, quòd lex non adhæreat ossibus subditorū, sed glebæ territorii. Uno verbo, responsio dat pro ratione, quod est in quæstione, & petit principium, quod etiam notavit Salas.

63. Alia ergo discriminis ratio reddenda est ex diverso fine Legis & Præcepti; ex quo Lex & Præceptum differunt. Lex enim respicit ultimò felicitatem territorii, in quo Legislator constitutus est caput ad illam suis legibus procurandam; quare potestatem ferendi leges non aliam accepit, quàm in quantùm ea necessaria est ad hujusmodi felicitatem promovendam: ad hanc autem nihil conduceret (per se loquendo) potestas ligandi subditos extra territorium, quia transgressio Legis non redundaret nisi in detrimentum alterius territorii, per se loquendo, ut patet in casu capituli relato. Præceptum verò ultimò sistit (formaliter acceptum) in bono subditi, & promotione felicitatis propriæ illius, ut est persona particularis & privata, cui expedit posse ubique locorum obligari: & ideo expedit, ut præcepti obligatio inhæreat ossibus illius.

64. QUÆRITUR nunc 2. utrum Peregrini legibus sui territorii teneantur, si alibi morentur, ubi ejusmodi leges non vigent. v. g. in diœcesi Tridentina hodie est dies jejunii, qui tamē non est in diœcesī Mediolanensi: si Tridentinus Mediolani versetur, tenebitur ne lege jejunii? ℞. Negativè, contra quosdam antiquiores apud Salas. Solet communiter *ab Authoribus paulò ante cit.* ratio reddi ex axiomate paulò antè declarato: *Extra territorium jus dicenti impunè non paretur.* Nam sicut agentia naturalia non agunt ultra suam sphæram, ità nec agentia moralia, v. g. Legislator non agit ultra suum territorium.

65. Verùm hæc ratio non est universalis, quia non procedit de Legislatore, cujus Jurisdictio etiam ad alterum territorium se extendit, & tamen adhuc sententia communis locum habet: v. g. Pontifex tulit legem jejunii quadragesimalis ut incipiat à die cinerum: territorium Pontificis non solùm comprehendit Tridentum, sed etiam Mediolanum, & tamen si Tridentinus tribus primis diebus Mediolani existens non jejunet, non peccat, quia ibi lex pro illis diebus non obligat.

65. Ratio ergo conclusionis hæc est, quòd leges non respiciunt nisi locum pro quo feruntur, & ubi sunt receptæ, nec per contrarium usum abrogatæ, & hoc propter conformitatem incolarum. Circa hoc ipsum tamen

Dubitatur. 1. An etiam excusetur ille peregrinus, qui destinatâ intentione in eum finem aliò se confert, ut non teneatur legem observare. Negant Sayrus, Rebellus & alii. Sed rectiùs alii affirmant, Ratio est, quia Legislator non ità præcipit v. g. jejunium, ut simul obligare velit ad non discedendum (hoc enim ad finem intentum non facit) sed discessum relinquit liberum, & solùm obligat, ex hypothesi, quòd non discedat, quia uniformitatem intendit. Ergo qui discedit, utitur jure suo: ergo non agit in fraudem *Legis l. nullus videtur* 55. *ff. de R. J. Nullus videtur dolo facere, qui suo jure utitur.* Ille enim in fraudem legis agit, qui ponit impedimentum observandæ legis, ad quod non ponendum lex etiam obligabat, v. g. qui obligatur ad horas canonicas, obligatur ad comparandum Breviarium, ad illud secum portandum, ad emenda perspicilia, si sine his legere non possit, ad se non inebriandum, &c. Si enim media sunt intrinsecè, & ex natura actûs requisita, neque ex causa speciali hìc & nunc excusationem admittunt, est obligatio ea ponendi, quia qui præcipit finem absolutè, præcipit etiam media necessaria ad illum. Aliter res se habet in casu quæstionis, quia Legislator præcipit jejunium non absolutè, sed pro tali loco observandum.

66. Dubium est. 2. An quando tempus implendæ legis incepit, & in loco domicilij ante discessum impleri posset, tenearis ante discessum implere, etiamsi eo die venturus esses in locum, ubi lex non obligat: v. g. in tua parochia dies S. Catharinæ est festus, in proxima non est: posses autem ante discessum audire Missam, an tenearis? Distinguendum est. Vel in tua parochia post tuum discessum nulla ampliùs erit missa, vel adhuc erit, ità ut priore missâ non auditâ, adhuc posses satisfacere præcepto per secundam missam, si domi maneres. In primo casu conveniunt DD. te obligatum esse audire missam. Ratio est, quia lex affirmativa ità obligat pro aliqua latitudine temporis, ut si prævideatur postea non posse ampliùs observari, ob impedimentum obligationi superveniens, tenearis prævenire: v.g. prævides te post nonam horam ob ingruentia negotia non posse interesse sacro, teneris ante nonam audire: ergo si vides, post tempus tui discessûs nullum ampliùs sacrum futurum, quo posses legi satisfacere si domi maneres, teneris prævenire, quia tale impedimentum non supervenit tibi tempore, quo non obligaris, sed quo obligaris adhuc remotè, licèt excuseris ob impedimentum superveniens.

67. In secundo casu Suarez *Lib. 2. de festis cap. 5. n. 9. & 10.* Et Basilius Pontius *lib. 5. de Matr. cap. 8. n. 6.* adhuc affirmant te obligari audire sacrum antequam discedas. Alii communiter negant: quia cùm domi existebas, nondum obligabaris proximè, adhuc enim poteras implere postea: quando autem post discessum non potes implere, hoc non obstat, quia impedimentum impletionis non supervenit pro tempore & loco, quo obligaris, sed tunc, quando non ampliùs obligaris, utpote existenti jam in alieno territori: unde dicunt: lex affirmativa obligat quidem ad præveniendum.

dum, si postea dum adhuc obligaris, vides impedimentum superventurum, non tamen, si vides te ab obligatione eximendum ratione loci. Ego huic doctrinæ aliquid addendum existimo, & non ad solum discessum, sed etiam ad ingressum in alienam parochiam attendendum. Vel ergo ingredieris alienam parochiam adhuc durante tempore, quo si domi existeres, adhuc posses implere præceptum, v.g. ingredieris horâ nonâ, quâ domi adhuc posses audire sacrum: vel ingredieris seriùs. Si primum, non es obligatus audire priùs domi sacrum, ob rationem allatam: si secundum, teneris prævenire: quia impedimentum supervenit tibi adhuc obligato: quia adhuc versaris intra propriam parochiam.

68. Dubium est 3. An idem dicendum sit, si lex obliget ad actionem divisibilem indivisibiliter, qualis est lex jejunij quoad unicam comestionem, potest enim servari ad prandium, & post meridiem violari, quamvis ità obliget, ut si ex causa justa manè liceret bis jentaculum sumere, non propterea obligaret abstinere vesperi à tertia comestione. Ponamus igitur in tua parochia esse jejunium, non item in vicina; poterisne manè comedere horâ sextâ, vel etiam bis, cùm animo vesperi transeundi ad vicinam parochiam, ubi non es servaturus jejunium, quia ibi non est præceptum? Affirmant Thomas Sanchez, Lessius, Suarez, Joan. Sanch. innumeros referens, Salas. Baldellus: fatentur tamen hi DD. non licere tunc tali homini comedere carnes in sua parochia, quia lex jejunij divisibiliter prohibet carnis comestionem, adeò, ut qui semel comedisset, adhuc obligaretur non comedere secundò.

69. Huic communi sententiæ se opponit Castro Palao, ex hoc fundamento. Nullus potest excusari à præcepto ob moralem certitudinem supervenientis dispensationis, quia non spes dispensationis, sed dispensatio ipsa tollit obligationem præcepti: ergo eodem modo qui hîc loci obligatur ad jejunium, non potest ab illo excusari ob spem existentiæ in loco privilegiato postea futuræ. Ad hoc tamen fundamentum videtur in favorem communis sententiæ responderi posse, negando paritatem. Dispensatio pendet à voluntate alterius, & non à mea; & ideò meritò censetur Legislator non consentire in talem anticipationem, ad cavendas varias fraudes, aut abusus, quatenus multi spem dispensationis sibi fingerent, ut legem transgrederentur, sicque multùm inutilis redderetur dispensatio, utpote quæ adveniret jam excusato ab observatione legis: Econtra transitus ad aliam parochiam, & per consequens deobligatio à jejunio, est in mea potestate posita, & ideò positâ voluntate transeundi, jam censeor moraliter me extra parochiam posuisse, quatenus præsumi potest Legislator nolle talem obligare ad observandum jejunium pro tempore antecedente; cùm hinc nullum incommodum nascatur. Possumus hoc confirmare exemplo. Ponamus aliquem posse intra dimidium horæ transire ad aliam parochiam ubi non est dies festus, eundémque velle à sua parochia discedere ad initium concionis post Evangelium: nemo dicet, hunc obligari audire missam usque ad Evangelium, quia præceptum est de Missa tota: quia ergo talis potest & vult se licitè deobligare ab auditione Missæ post concionem absolvendæ, censerent omnes, talem non obligari ad partem Missæ ante concionem audiendam: ergo nec tenebitur ad partem jejunij observandam, quia præceptum jejunij etiam obligat indivisibiliter.

70. Sed QUÆRES, quid dicendum, si quis ex aliena parochia rediret die, quo in propria est jejunium, an teneretur reliquo tempore domi jejunare? Negat Joan. Sanch. & Palao, quia jam pro parte diei erat deobligatus: ergo non potest pro parte obligari, cùm præceptum jejunij respiciat indivisibiliter totum diem. Affirmant Thomas Sanchez, Lessius, Pontius.

71. Ego distinguendum existimo. Vel enim in aliena parochia jam erat transgressus jejunium, vel non. Si primum, SENTIO cum prioribus: si secundum, assentior posterioribus: quia in sua parochia obligantur omnes, qui adhuc possunt illud observare, nam hæc censeri debet esse mens Legislatoris. Sicut si in aliena parochia non esset dies festus, esset autem in tua, & tu inde venires, adhuc deberes audire Missam, si posses.

Dubium est 4. An, qui legem jam in uno loco implevit, v. g. Mediolani pro tempore Paschatis communicavit primâ hebdomade quadragesimæ (prout ibi concessum est) teneatur, si aliò migret, etiam domicilium transferendo, ubi necdum incæpit tempus implendæ paschalis Communionis, iterum satisfacere legi. Respondetur negativè. Mens enim Legislatoris non est obstringere ad binam impletionem, cùm hæc ad finem illius non sit necessaria.

72. Dubium est 5. An leges respicientes delictum in territorio consumatum, teneant delinquentes existentes extra territorium. v.g. occidis aliquem transmisso veneno, aut per assassinum in tua patria, incurrisne excommunicationem latam in tua patria in homicidas. Negat Pontius, sed affirmat communis sententia, & ità habet praxis. Ratio est, quia Judex & Princeps debet posse plenè præcavere per leges delicta & incommoda in suo territorio, ad quod est necessaria potestas, etiam absentes quoad personam quidem, præsentes verò per causam proximam pœnis absterrendi: Imò in tali

tali casu sortitur ratione delicti forum utriusque territorij, & est locus præventioni quoad alias pœnas delicto commensuratas, *l.* 1. *C. Ubi de crimine agi oportet.* Ubi dicitur. *Quæstiones eorum criminum, quæ legibus, aut extra ordinem coërcentur, ubi commissa, vel inchoata sunt, vel ubi reperiuntur qui rei esse perhibentur criminis, perfici debere satis notum est.*

Non obstat juris REGULA, jam superiùs declarata: *Extra territorium, &c.* Nam ut ibi dictum est, delinquens existit in virtute & causa data proxima in territorio.

73. QUÆRITUR jam 4. De ijsdem **Peregrinis**, an teneantur legibus alieni territorij per quod transeunt. ℞. 1. Si accedat aliquis ad aliud territorium animo ibi morandi perpetuò, vel per majorem anni partem, sicut studiosi accedunt ad Academias, sollicitatores ad curias, operam suam locantes, &c. tenetur legibus loci illius: quia per priorem voluntatem acquirit domicilium actuali accessu: *L. domicilium* 20. *ff. ad municipalem. Domicilium re & facto transfertur non nudâ contestatione, sicut in his exigitur, qui negant se posse ad munera ut incolas vocari.* Per posteriorem verò voluntatem acquirit quasi domicilium, quod sufficit, ut pertineat ad parochiam quoad Sacramentorum receptionem, sepulturam, &c. Nisi eligat alibi sepeliri, & quoad reliqua omnia, prout postulat regimen animarum, excepto Ordinis Sacramento, *C. cùm nullus* 3. *de temporibus ordin. in* 6. *Cum nullus Clericum parœciæ alienæ præter superioris ipsius licentiam debeat ordinare: Superior intelligitur NB. in hoc casu, Episcopus, de cujus diœcesi est is, qui ad Ordines promoveri desiderat, oriundus, seu in cujus Diœcesi beneficium obtinet Ecclesiasticum, seu habet (licèt alibi natus sit) domicilium in eadem.* ℞. 2. Si quis non accedat, ut acquirat domicilium vel quasi, tunc imprimis ad leges & conditiones ac solennitates circa contractus constitutas illo loco tenetur, quia ratione contractûs sortitur forum, ut possit conveniri: Tenetúrque solvere gabellas, & quodcunque onus ex lege annexum contractui, & hæc vera sunt, sive in propria persona, sive per procuratorem, aut etiam per Epistolam contrahat.

74. Excipiunt tamen aliqui contractum dotalem, propter legem *exigere*: statim referendam ff. *de judiciis*: ità Sanchez, Suarez, Bonac.. Sed hanc exceptionem non admittunt Castro Palao, & Pontius, (qui tamen legis allatæ verba malè refert, fortè injuriâ Typographi) hi ergo dicunt, in illa lege nihil statui singulare circa hunc contractum, quoad solennitates & conditiones, sed solùm quoad actionem legis, hoc est, quòd dos repetenda sit in loco domicilij Mariti, non ubi contractus celebratus est: Nam Jura fingunt quòd talis contractus celebratus sit in loco domicilij Mariti; quod colligunt ex verbis legis, quæ sic habent: *Nec enim* (constitutio dotis) *id genus contractus est, ut & eum locum spectare oporteat, in quo instrumentum dotis factum est, quàm eum, in cujus domicilium & ipsa mulier per conditionem matrimonij erat transitura.* Quasi diceret; in ipso contractu jam esse spectandum locum, quo postea uxor erat transitura: qui respectus non videtur aliud significare, quàm fictionem Juris, quòd ibi sit celebratus contractus. Non tamen ità fingitur quoad solennitates observandas, sed tantùm quoad solutionem faciendam, ut constabit ex sequenti limitatione. Itáque limitatur Conclusio quoad conventionem ex contractu in alieno territorio celebrato ad illos contractus, qui & ex natura sua, & ex intentione contrahentium admittunt executionem in loco contractûs celebrati: Secùs enim dicendum est de contractibus quorum executio vel ex natura sua, vel ex intentione contrahentium in alium locum designata est: Et colligitur ex lege: *Contraxisse* ff. de O. & A. ubi dicitur: *Contraxisse unusquisque eo loco intelligitur, in quo ut solveret, se obligavit*, & *L. si hæres absens* 19. §. *Proinde. ff. de Judic.* dicitur: *Quod durum esset, quotquot locis quis navigans aut iter faciens delatus est, tot locis se defendere.* Ad quæsitum redeundo ℞. 3. Si peregrinus transeat per locum, tenetur ijs legibus, quæ sunt juris communis, & obligant in loco per quem transit, vel ad quem accedit, etiam non animo ibi persistendi, etiamsi per non usum, aut desuetudinem sint abrogatæ in loco domicilij: Ratio est, quia jus commune, quantùm est de se, ubique obligat, & solùm ex accidente potest quis ab illo excusari, dum scilicet versatur in loco, ubi est abrogatum. Unde infertur, Mediolanensem, qui primis quatuor diebus quadragesimæ Tridenti versaretur, obligatum iri ad jejunium, ut habet communis sententia contra Azorium, quam tandem etiam amplexus est Thomas Sanchez *lib.* 1. *decal. c.* 12. *n.* 39. *retractans quod docuerat l.* 3. *de Matr. d.* 18. *n.* 7.

Dices. Non videtur abesse, qui brevi est reversurus. *Trid. sess.* 23. *cap.* 11. *de reform.* ergo fictione juris talis adhuc esset Mediolani. ℞. illam Regulam non esse veram nisi in casibus à Jure expressis, & in ordine ad effectum à lege intentum, cui non obest brevis absentia, quo sensu Episcopus aut Curatus non censetur abesse à Residentia, quando ad illam est reversurus intra duos menses: in aliis tamen non valet: unde sicut talis non censetur præsens suo territorio, quoad leges onerosas ibi observandas, ità nec censeri debet præsens quoad usum privilegij contra legem communem, qui enim sentit commodum, sentire debet & onus absentiæ.

75. ℞. 4. Idem dicendum esse de legibus & statutis particularibus, quando ità obligant in loco transitûs, aut accessûs, ut similis

lex

lex obliget in loco discessûs seu territorii proprij; tunc enim etiam in alieno territorio observandæ sunt, ut habet communis sententia, cui contradicit Joan. Sanch. *disp. sel.* 54. *n.* 31. *in fine*. Ratio conclusionis esse videtur, quia tunc præsumitur mens Legislatoris se eò extendere, ut subditos etiam alibi velit esse obligatos ubi eadem lex viget, ità ut ambo Legislatores, ambóque territoria videantur quoad talem materiam convenire in unum, cùm non deceat hujusmodi peregrinum fieri melioris conditionis, quàm sint utriúsque territorii subditi.

Respondetur 5. Si lex particularis alieni territorii lata est ad cavendum speciale damnum illius Reipublicæ, quod æquè emergere posset per advenas, ac per incolas, aut ad procurandum speciale bonum valde necessarium, talibus, inquam, legibus comprehenduntur æquè advenæ ac incolæ. Ità communis DD. v. g. si prohibeatur efferri frumentum, arma, &c. Ratio est, quia alioquin non posset Magistratus satis cavere damnum sui territorii: Unde necesse est posse legem ferre etiam directè obligantem peregrinos, v. g. ne ultra talem terminum in provincia morentur. Sicut enim ratione delicti fiunt subditi, & nanciscuntur forum loci ubi delinquunt *C. licet ratione. de foro competente*, & *L. quæstiones. C. ubi de criminibus cit.* ità & per transgressionem hujusmodi legum.

76. Restat nunc præcipua controversia, utrum hujusmodi peregrini obligentur legibus particularibus alieni territorii extra casus recensitos, & antequam acquirant domicilium vel quasi. Affirmant Navarrus, Covarruvias, Henriquez, Suarez, Salas, Vasq. Pontius, Palao. Negant post plures à se relatos Thomas Sanch. *lib.* 3. *de Matrim. d.* 18. *num.* 6. *& lib.* 1. *in Decal. cap* 12. *n.* 38. Sayr. Lessius, Azor, Tolet. Bonac. Joan. Sanch. Baldell. Layman. Mihi hæc negativa probabilior videtur. Omissis pluribus argumentis, quæ commodè solvuntur à Palao, probatur ex lege *Hæres*. §. *proinde ff. de Judiciis* ubi dicitur, quòd viatores non sortiuntur forum loci per quem transeunt. Prob. 2. quia adversarij nullo firmo argumento nituntur: Ergo gratis talis obligatio introducitur, & quidem contra tantam authoritatem, quæ in praxi enervat sententiam contrariam.

77. Objiciunt 1. Convenientissimum est, omni in loco commorantes ejus legibus conformari, estque rectæ gubernationi, paci ac tranquillitati necessarium. Ergo debet Magistratus posse ad hoc obligare. Resp. concedendo esse convenientissimum, sed negando esse in omni materia necessarium: Nam quando lex est de bono specialiter necessario illi Reipublicæ, constat ex responsione 5. Advenas obligari. Non esse autem semper specialem necessitatem, patet vel in sola variatione Breviarij.

78. Objiciunt 2. Sicut ad rectam gubernationem requiritur potestas puniendi etiam advenarum delicta, contra Jus naturale aut gentium commissa, ità etiam pertinet cavere posse, ne mala præbeantur exempla, quibus alii inducantur ad legis transgressionem. ℞: Hanc objectionem iterum saltare extra chorum, nam ultrò fatemur, conclusionem esse veram secluso scandalo: Scandalum enim prohibetur lege naturæ, & ut hujus transgressor posset utique puniri, sed non præcisè ut transgressor legis positivæ.

Objiciunt 3. S. Augustinum dicentem, leges nullius Civis aut peregrini libidine violandas esse, turpis enim est omnis pars suo universo non conveniens. Respondet rectè Sanchez similia SS. PP. dicta intelligenda esse vel de peregrinis acquirentibus quasi domicilium (alioquin non sunt pars) vel quando aliis ex transgressione imminet scandalum: vel denique, quòd conformitas sit honestatis non necessitatis.

§. III.

De Vagabundis.

79. Vagi, seu vagabundi dicuntur illi, qui nullam certam sedem aut domicilium, vel quasi domicilium habent: inter quos etiam numerantur illi, qui deserto priore domicilio aliò tendunt animo ibi acquirendi domicilium, non enim solo animo acquiritur domicilium, sed insuper requiritur completus accessus ad locum, sicuti nec solo animo relinquendi domicilium amittitur, sed insuper actuali discessu opus est. De his ergo

QUÆRITUR, an teneantur legibus locorum in quibus ità obiter existunt, & transeunt. Negant Lessius, Sayrus, Joan. Sanchez. Sed communis opinio affirmat, quæ & usu recepta est, & ideo non est ab illa recedendum. Ratio videtur esse, quia cùm nullum habeant domicilium, & per consequens nullum proprium Gubernatorem aut Judicem, ne quidem quoad leges communes, & tamen Reipublicæ humanæ intersit, tales quóque gubernationi subesse, hoc ipso fiunt subditi saltèm quoad leges communes; & ideo possunt ubique puniri ubi comprehenduntur, etiam ob delictum alibi commissum: ideo etiam fruuntur favoribus & Jurisdictione voluntariâ locorum, recipiunt æquali jure cum Civibus sacramenta, sepulturam, &c. Ex hoc autem sequi videtur, etiam legibus particularibus & municipalibus teneri; tum quia intentio Gubernatoris videtur eò se extendere, quia vagi gaudent etiam privilegiis particularibus: tum denique maximè ex eo colligi videtur; quia tametsi universales leges Ecclesiasticæ respectu Christianorum omnium sint communes, quia non per domicilium, sed per baptismum

Baptismum subditi fiunt, & ideo territorium Ecclesiæ est totus mundus; at verò de legibus civilibus hoc dici non potest, nam illæ respectu vagorum non possunt propriè dici communes, cùm se ad limitatum territorium quoad incolas extendant, & ideo vagus non est magis sub legibus imperii, quàm Regni Hispaniæ, Galliæ, &c. Nisi in quantùm versatur in Imperio, vel alio Regno. Ergo sicut leges Imperii comparatæ cum legibus Galliæ sunt potiùs dicendæ particulares, quàm communes, ità respectu vagorum erunt etiam particulares: Unde si particularibus legibus non obligarentur, consequens esset, quòd vagi non obligarentur nisi legibus naturalibus & gentium, ac Ecclesiæ, quia hæ solæ sunt communes, quod tamen videtur inconveniens: ergo dicendum est, ligari omnibus legibus locorum, quia respectu vagorum una lex non est magis communis, quàm alia.

§. IV.

De Clericis & Religiosis respectu Legum Civilium.

80. QUÆRITUR, an & quibus legibus civilibus possint Clerici, & Religiosi teneri salvâ immunitate Ecclesiasticâ, hoc est, illis Juribus, quæ favore Canonum adversus Laicam potestatem sunt munita, de quibus agitur in tr. de Religione. Respondent aliqui cum Vasq. nullis legibus civilibus posse eos directè obligari, sed tantùm indirectè, hoc sensu, quatenus obligatio eas servandi nascitur ex conformitate tenenda cum Laicis, utpote partes ejusdē Reipubl.

Hunc dicendi modum rejicit Palao, primò, quia inde sequeretur, Clericos & Religiosos transgrediendo ejusmodi leges non peccare graviter, sed ad summum venialiter, quod etsi docuerit Bonacina, alii tamen omnes contrarium sentiunt, obligari nimirum graviter illis omnibus legibus, quæ non lædunt immunitatem Ecclesiasticam, nec dedecent statum Ecclesiasticum, sed communes sunt Clericis & Laicis, & rectæ gubernationi Reipublicæ convenientes: cujusmodi sunt, quæ prohibent arma de nocte gestari, merces extrahi, quæ pretia rerum taxant, contractibus formam constituunt, &c. Imò nullum peccatum committerent, ut consequenter asseruit Navarrus, quia conformitas non obligat exemptos, secluso scandalo aliisque incommodis jure naturæ prohibitis. Rejicit secundò, quia sic possent Clerici & Religiosi sine injustitia vendere res ultra pretium taxatum, nam eorum bona non afficerentur taxâ, nec suum valorem inde acciperent. Tertiò, sequeretur eorundem contractus non esse irritos, quando carent solennitate à lege civili requisita tanquam substantiali, saltèm quando ipsi Clerici inter se contraherent.

81. Ad quæsitum aliter respondet Suarez Azor, Layman, post Decium *in cap. Ecclesia* 10. *n.* 27. *de Constit.* Leges civiles in tantùm obligare Clericos & Religiosos, in quantùm à Pontifice approbantur & canonizantur ad hunc effectum. Contra hunc dicendi modum iterum urget Palao, ex eo maximè capite, quia si laicæ potestati concederemus, ejus leges, quæ possunt salvâ immunitate Ecclesiasticâ obligare etiam Clericos, esse à Pontifice generaliter canonizatas, posset sæcularis potestas præsumere esse etiam canonizatas quoad pœnas transgressoribus impositas, quæ non essent ex se indecentes statum Ecclesiasticum, possèque eas, non suâ, sed Pontificis authoritate exequi in Clericos, quod nemo concedet.

82. Ad quæsitum respondet Salas *disp.* 14. *sess.* 8. *à n.* 94. *quem sequitur Palao*, & *reipsâ Thomas del Bene, quamvis priùs videatur Vasquez secutus*, hujusmodi leges civiles per se & directè Clericos obligare. Hoc est, quoad vim directivam obligando eos non minùs quàm laicos in conscientia, non tamen quoad vim coactivam. Diversitas hæc sententiarum in ordine ad praxin non videtur multùm referre, dum omnes fatentur eandem obligationem esse, undecunque illa proveniat. Nihilominus

83. DICO 1. Obligatio observandi illas leges non provenit adæquatè & unicè à lege naturali, obligante ad conformitatem. Ultra rationes ex Palao relatas probari potest inde, quia de facto personæ Ecclesiasticæ in aliquibus hujusmodi legibus discrepant à Cæsareis, ut in ultimis voluntatibus, & aliis quibusdam contractibus, ut suò loco dicetur. Ergo, quòd in reliquis eâdem cum Laicis lege teneantur etiam secluso scandalo, aliisque incommodis, debet ultimò provenire ab approbatione expresâ vel tacita Summi Pontificis: quidni enim posset Pontifex alias solennitates constituere contractibus inter ipsas personas Ecclesiasticas celebrandis?

84. DICO 2. Etiamsi præscindamus omnem obligationem directè à legibus civilibus provenientem, quam defendit tertia sententia, adhuc asserenda in Clericis & Religiosis est obligatio observandi illas leges, de quibus est præsens quæstio. Probatur. Certùm enim est, quòd Pontifex, dum in illis materiis nihil innovat, velit, imò debeat velle, ut à Clericis & Religiosis observentur, hoc ipso, quia vult has personas admitti in partem communitatis, & commerciorum cum Laicis, hoc enim est unicum fundamentum, propter quod existimant authores tertiæ sententiæ, admittendam esse directam obligationem: Ergo, etiam hâc præcisâ, debet Pontifex talem obligationem velle, sine qua non expediret, admitti in communitatem & ad commercia Clericos & Religiosos: Nam qui vult unum, vult omnia connexa cum illo. Hinc

85. DICO 3. Non est ulla ratio adstruendi

endi directam obligationem Clericorum & Religiosorum ad observandas prædictas leges, provenientem à potestate laica, quidquid sit de positivis argumentis, quibus solet illa potestas impugnari, v. g. quòd potestas directiva sine coërcitiva & coactiva vana sit & inanis, & similia, quæ in speciem dissolvi possent. Probatur conclusio, quia sufficit tacita approbatio Summi Pontificis necessariò admittenda, & sine speciali utilitate non sunt multiplicandæ obligationes, præsertim quæ à paucis considerantur & agnoscuntur.

86. Objiciunt authores tertiæ sententiæ primò capitulum primum & secundum *de novi operis Nunt.* Ubi Pontifex jubet demoliri ædificium constructum post novi operis nuntiationem, eò quòd sic legibus civilibus sit constitutum. Ergo supponit Pontifex obligationem jam antè extitisse. ℞. Concedendo totum, sed negando, hanc obligationem præcisè à legibus civilibus provenisse, cujus contrarium ipse Pontifex in c. 1. satis insinuat, dicens: *Quia verò, sicut leges non dedignantur sacros canones imitari, ità sacrorum statuta canonum principum constitutionibus adjuvantur, mandamus, &c.* Quorum verborum sensus est, quòd ubi Canones nihil speciale statuunt, recipiant ea, quæ leges civiles statuerunt in aliqua materia, & secundùm illas judicent, non aliter, quàm si Juri Canonico essent insertæ: hæc est ergo generalis approbatio, vi cujus Clerici hujusmodi legibus tenentur, & secundùm quas judicandi sunt non à Judice laico, sed ab Ecclesiastico. Quòd si leges civiles directè obligarent, quidni ad Legislatorem spectaret obligatos secundùm suas leges judicare? illius enim est judicare, cujus est, leges ferre & authenticè interpretari. Eadem generalis approbatio habetur cap. *super specula 28. de Privilegiis*, ubi dicitur, *S. Ecclesia legum sæcularium non respuit famulatum, quæ æquitatis & Justitiæ vestigia imitantur.*

87. Objicit Palao 2. Si prædictæ leges habent vim obligandi præcisè ex approbatione Pontificum, & ut canonizatæ, posset laica potestas præsumere, suas leges esse etiam canonizatas quoad pœnas in illlis statutas, & à se posse puniri nomine & authoritate Summi Pontificis. ℞. Hanc præsumptionem elidi manifestis Juribus, quibus omne judicium personarum Ecclesiasticarum ad tribunal Ecclesiasticum trahitur, ut constat ex ijs, quæ traduntur de privilegio fori & immunitate Ecclesiastica, & etiam ex cpp. allegatis, ubi Pontifex non remittit causas judicandas ad Magistratum laicum, quod signum est, hunc non agnosci pro Judice delegato. Omitto leviora quæ Salas ipse dissolvit.

88. QUÆRES, an quæ dicta sunt, procedant etiam de legibus municipalibus respectu Religiosorum tali loco viventium. ℞. Procedere, si illa non sint contra Jus commune; nam si contra Jus commune essent, v. g. si in Testamentis aliquam ulteriorem solennitatem substantialem statuerent, non ligarent Ecclesiasticos, ex probabili quorundam sententia, nisi consuetudine receptæ essent.

§. V.

De Pueris, Infantibus, Ebriis, Amentibus.

89. PUeri secundùm Jura censentur, qui expleto septennio usum rationis adepti sunt, & nisi contrarium constet, adepti esse præsumuntur, adeóque legibus obligari posse. Qui annum decimum cum dimidio compleverunt, dicuntur *Pubertati proximi*, qui infrà sunt, *Infantiæ proximi*, qui etiam favore legum quandoque adhuc Infantibus comparantur, sicut & illi, in quibus ante septennium malitia supplet ætatem.

90. Non est dubium, pueros usu rationis præditos posse legibus humanis obligari, cùm possint honestum ab inhonesto discernere, & ad fines per leges intentos cooperari. Quibusnam legibus defacto obligentur est quæstio.

Et imprimis quæritur, an sine discrimine puer percutiens Clericum incurrat excommunicationem Canonis: *Si quis suadente*: Emanuel Sà & Sotus existimant, illos qui adhuc sunt Infantiæ proximi, non incurrere.

Contrarium tamen dicendum est cum communiore sententia: Nam capitulum ultimum *de Sent. Excomm.* sine discrimine supponit, pueros ante pubertatem percussores Clerici, esse à censura absolvendos ab Episcopo, nec mittendos ad sedem Apostolicam: *Cùm propter defectum ætatis in qua fuit commissus excessus, rigor sit mansuetudine temperandus.* Illud tamen crediderim de illis, qui infantiæ proximi sunt, faciliùs præsumi posse, quòd ob inadvertentiam, vel ignorantiam non incurrerint, & allegationem ignorantiæ faciliùs absque probatione admitti: sicut etiam à Magistratu civili non puniuntur propter delicta in ætate infantiæ proxima commissa. §. *penult. Instit. de Oblig. ex delicto. Ibi & placuit, quia furtum ex affectu furandi consistit, ità demum obligari eo crimine impuberem, si proximus pubertati sit, & ob id intelligat se delinquere. L. pupillum. ff. de R. J.* habetur Pupillum, qui proximus pubertati sit, capacem esse furandi, & injuriam faciendi.

91. Confirmatur Conclusio ex eo, quòd puer etiam infantiæ proximus, irregularitatem contrahat ex homicidio voluntario, ut colligitur ex *Clemen. si furiosus de homicidio.* Quidni etiam excommunicationem, si naturam delicti & pœnæ intelligat? ubi enim Jus non distinguit, nec nos distinguere debemus.

92. Ex eo quòd Jura declarent, à pueris incurri excommunicationem Canonis; rectè inferunt

ferunt plerique DD. idem de aliis censuris, ob delicta, quæ à pueris etiam committi possunt, constitutis, dicendum esse. Neque enim in ullo capitulo directè statuitur, quòd excommunicationem Canonis incurrant, sed illud semper supponitur: *C. quamvis, & c. final. de sent. excom.* Quòd autem de hac sola Censura exstent capitula, ideo est, quia de hac sola fuit consultus Pontifex. Neque contrarium ullâ probabilitate colligitur *ex cap. 1. de delictis puerorum* (ut existimat Thomas del Bene) ibi enim plus non dicitur, quàm quòd puerorum delicta mitiùs, quàm in majoribus sint punienda, quod ultrò fatemur, & ideo puerorum Censuræ non sunt reservatæ Summo Pontifici, aliæque pœnæ essent mitigandæ. Capitulum ità habet. *Quis verò audeat affirmare, furta, mendacia, & perjuria non esse peccata? at his plena est pueriliis ætas. Quamvis NB. in eis non ità, ut in majoribus punienda videantur.*

Universim itaque pueri legibus obligantur, ubi ipsa legis materia aliud non exigit, vel intentio Legislatoris per ipsam legem expressa, vel per consuetudinem declarata aliud habeat, prout habet lex obligans ad Communionem Paschalem, & ad jejunium.

94. QUÆRITUR ulteriùs de Infantibus & perpetuò amentibus, an legibus obligentur: Et respondetur negativè. Unde sequitur ad praxin, licitè talibus offerri carnes comedendas diebus jejunii, quod immeritò negârunt Corduba & Lopez. Sed quid si malitia suppleret ætatem? adhuc probabiliùs non videntur legibus comprehendi, ut docent Joan. Sanchez, & Thomas del Bene, cùm lex non videatur accommodari seu extendi ad ea, quæ rarissimè & merè per accidens contingunt: Neque finis legis talem extensionem requirit.

95. Hinc econtrario sequitur, ebrios legibus comprehendi, sicut & qui per intervalla delirant. Unde licèt in ebrietatis aut amentiæ statu constituti excusentur à peccato, si v. g. jejunium violent, alteri tamen non licet ad talem materialem transgressionem cooperari, aut causam dare cibos offerendo; nam in istis etiam materialis observantia legis conducit ad finem à lege intentum.

Dices: Ergo qui ebrium volentem audire Missam retineret domi, peccaret, quando nullum inconveniens ex ebrii præsentia timendum esset. Respondetur negando consequentiam, quia ebrius præsens Missæ ne quidem materialiter observat legem, sicut ille qui jejunat, non enim præcipitur nudè jejunium, sed præsentia humana & religiosa, hoc est procedens ex intentione colendi Deum, &c. Et hæc de legibus in genere, prætermissis illis, quæ ad immunitatem Ecclesiasticam, & exemptionem Religiosorum spectant, & à nonnullis hoc loco tractantur, cùm ad tract. de Religione spectent.



CAPUT II.

DE LEGE POENALI ET IRRITANTE.

CONTROVERSIA I.

An, & qua Lex pœnalis obliget ad subeundam pœnam ante vel post Judicis Sententiam.

SUMMARIUM.

Potest tam Civilis quàm Ecclesiasticus Magistratus obligare ipso facto per leges ad pœnam etiam positivam, & non tantùm privativam ab ipso delinquente exequendam ante sententiam. n. 96.

Defacto tamen nulla reperitur lex pœnalis positiva non requirens sententiam Judicis obligans ad executionem. 97.

Quid de pœnis privativis. 98. & 100.

Explicatur cap. cùm secundum. de hæreticis in 6. 99.

Quid operentur particulæ: ipso Jure: ipso facto. 101.

96. Pœna alia est lata à Iure, & incurritur ipso facto, sive statim consequitur ad positionem delicti obligatio ad illam pœnam. Alia est ferenda à Judice, ante cujus sententiam nulla est obligatio ad pœnam.

Ulteriùs aliquæ pœnæ sunt privativæ, hoc est, privantes re aliquâ sine actione alia, ut sunt Censuræ Ecclesiasticæ, irritatio actuum, inhabilitas, &c. Aliæ sunt positivæ, quarum executio ulteriorem actionem requirit, ut solutio pecuniæ, exilium, flagellatio, supplicium. Jam loquendo de possibili, communis sententia contra Caiet. Valentiam & quosdam alios, admittit, posse tam Civilem quàm Ecclesiasticum Magistratum obligare ipso facto per leges ad pœnam etiam positivam, ab ipso delinquente exequendam antecedenter ad omnem Judicis sententiam, si non sit valde acerba, sed humanæ conditioni

ditioni accommodata. Cùm enim possit potestas humana obligare in conscientia ad alias actiones ex se indifferentes, ut suprà vidimus, quidni etiam ad solutionem certæ pecuniæ supposito delicto, si ità expedire videretur propter naturam & qualitatem delicti, quia v.g. occultari potest, & rarò in foro externo probari?

97. Defacto tamen nulla reperitur Lex pœnalis positiva, quæ non prærequitat sententiam Judicis saltèm declaratoriam criminis, ad hoc ut obliget reum ad executionem pœnæ. Loquendo nunc de pœnis privativis (quales sunt pleræque) illæ sunt duplicis generis: aliquæ enim privant jure jam quæsito, aliæ propriè non privant, sed impediunt acquisitionem Juris.

98. Prioris generis pœnas ait Castro Palao, citans plures alios, ferè nullam esse, quæ Judicis sententiam declaratoriam delicti non prærequirat ad sui plenam executionem, quantumvis lex dicat: *Ipso facto:* vel *ante declarationem.* Quia semper intelligi potest: ante declarationem pœnæ, non tamen ante declarationem delicti, exceptis Censuris & Irregularitate ex delicto, & etiam exceptâ pœnâ, quam incurrunt conjuges committentes incestum cum sanguineo vel consanguinea conjugis intra secundum gradum, ut debeant abstinere à petitione debiti conjugalis. Hæ inquam pœnæ incurruntur ante omnem Iudicis sententiam etiam criminis declaratoriam.

99. Sententia hæc suaderi satis efficaciter potest ex cap. *cùm secundùm leges civiles* de hæreticis in 6. ubi Bonifacius VIII. argumentando à minore ad majus, ex eo quòd legibus civilibus statutum sit, ut contrahentes nuptias incestas, &c. ipso jure suorum bonorum dominium amittant, eàque ad fiscum deferantur, infert, rectè idipsum de hæreticis statui, ut eorum bona ipso Iure sint fisco obnoxia: & tamen in fine capituli habet hæc formalia verba. *Confiscationis tamen hujusmodi executio vel bonorum ipsorum occupatio fieri non debet per Principes, &c. Antequam per Episcopum loci vel aliam Personam Ecclesiasticam, quæ super hoc habet potestatem, sententia super eodem crimine fuerit promulgata.* Ecce! quòd bene stent simul: ipso Iure seu facto incurri: &, executionem non urgeri nisi post sententiam declaratoriam criminis. Et sanè quis ab hæretico non condemnato, imò & iterum ad fidem reverso, exspectet hanc executionem? quid ergo prodesset lex, quæ à nemine observaretur?

100. Loquendo nunc de pœnis privativis Iuris acquirendi & nondum plenè acquisiti, illæ incurruntur absque ullâ Iudicis sententia, quia leges illæ sunt conditionales, hoc est alligantes Iuris acquisitionem alicui conditioni, quâ non impletâ declarant aliquem illo Iure carere, & esse privatum, non quasi jam primùm privetur, sed quòd illud non acquirat, ità volente Legislatore, in cujus potestate est, nolle aliter conferre gratis tale Ius: hujusmodi leges exstant plures, quas videre licet apud Salas & Palao. v. g. quæ dicunt, quòd beneficiarius fructus non faciat suos, si non oret, vel resideat, &c.

101. Si quæras, quid operentur illæ particulæ *ipso Iure, ipso facto,* in pœnis prioris generis? respondetur duo operari: primum, ut delicto judicialiter cognito & declarato, non exspectatâ aut subsecutâ ullâ sententiâ condemnatoriâ teneatur reus pœnam exequi, v.g. cedere possessione beneficij. Secundum est, quòd omnes actus post commissum delictum celebrati, si irritabiles sint, veniant irritandi; Unde si per contractum aliquid alienatum esset, valeret quidem contractus, sed revocabiliter, ità ut etiam hæres conveniri posset.

CONTROVERSIA II.

An Ignorantia aliquando excuset à pœna delicto per legem imposita.

SUMMARIUM.

Ignorans actum prohiberi per legem pœnalem, non incurrit pœnam illius legis. 102.

Sciens prohibitionem, sed ignorans pœnam, incurrit tamen pœnam, cum distinctione tamen inter pœnam ordinariam & extraordinariam. 103.

102. DUBITATUR, utrum, si scias actum esse prohibitum quacunque tandem lege, nescias autem, ullâ lege pœnam esse impositam, utrum, inquam, reus fias pœnæ. Et quidem in Censuris Ecclesiasticis conveniunt DD. eas non incurri, nisi sciantur à delinquente esse impositæ. Est enim hæc notitia necessaria loco monitionis, alioquin non esset reus contumax, quæ tamen contumacia requiritur ad incurrendam censuram. De aliis verò pœnis ℞. 1. Si ignoras invincibiliter, illâ lege, quæ pœnam imponit, actum prohiberi, esto scias prohiberi aliâ lege, v. g. divinâ aut naturali, non incurris pœnam illius legis, ut habet communior sententia. Ratio est, quia tunc in illam legem non peccâsti: Ergo non es reus ejusdem pœnæ, cujus reus esses, si legem scivisses, tunc enim graviùs peccares: Ergo & graviùs esses puniendus.

103. ℞. 2. Si scias quidem actum lege prohiberi, nescias autem pœnam illâ lege constitutam esse, tunc loquendo de pœnis non medicinalibus, distinguendũ est inter pœnam proportionatam delicto secundùm se spectato, præscindendo à circumstantiis aggravantibus, & exigentibus ut in hac Repub. specialiùs & severiùs quàm alibi prohibeatur, & inter pœnam extraordinariã, hoc est, quæ imponitur delicto, in quantùm ob prædictas circumstantias est severiùs prohibendus. In primo sensu non excusatur reus à

pœna,

pœna, etiamsi eam ignoret. Ratio est, quia qui in legem scienter delinquit, hocipso tacitè consentit in omnem pœnam illi proportionatam: Scit enim, omne delictum esse obnoxium pœnæ.

104. In secundo sensu dicendum est oppositum, quia ille excessus pœnæ respondet delicto non quomodocunque sumpto, sed ut ex circumstantiis graviori, quod delinquens ponitùr ignorâsse; & prætetea pœnæ illius exorbitantis finis est, absterrere magìs à tali delicto, quem finem lex ignorata quoad pœnam consequi non potest. Sufficeret autem, in genere scire, tale delictum esse pœnis extraordinariis puniendum. Servit hæc doctrina ad plures casus alibi resolvendos, v. g. quòd conjuges ignorantes impedimentum affinitatis in ordine ad petitionem debiti conjugalis, illud non incurrant: quòd ignorans reservationem non committat casum reservatum, si reservatio est facta in odium peccati, & non ob bonum commune gubernationis, & sic de aliis.

CONTROVERSIA III.

Vtrum Lex Irritans, seu Invalidans aliquem actum, possit per Ignorantiam, aliamve circumstantiam enervari.

SVMMARIVM.

Potestas irritandi actus alioquin validos datur in Republica: cujus variæ rationes assignantur. 105.
Quando Lex irritans invincibiliter ignoratur, an nihilominus actus sit irritus. 108.
Lex irritans in favorem alicujus statuta, an teneat invitum. 113.
Irritatio potest etiam reluctanti & invito prodesse. 114.
Irritatio cedens in præjudicium illius cui vult favere, non habet vim. 115.

105. IRRITVM hoc loco non accipitur in sensu Sacræ Scripturæ admodum familiari, ut idem sit quod *Infructuosum*, sed idem est ac esse invalidùm seu nullum, perinde acsi nihil actum esset.

Posse lege humanâ irritari aliquem actum, qui alioquin, seclusâ tali lege validus esset, est apud Christianos indubitabile post Tridentinum aliósque Canones, inducentes impedimenta dirimentia matrimonium. In Jure quoque Cæsareo innumeræ hujusmodi leges existunt, quas in tract. de Iustitia sæpius examinabimus.

106. Rationem hujus potestatis reddit Salas, quia lex positiva potest addere Iuri naturali, præcipiendo aut prohibendo, quod jure naturali præceptum aut prohibitum non est: ergo etiam irritando quod jure naturali irritum non est. Verùm hæc ratio non est fundamentalis, quia est solùm à paritate, probans unum per aliud indigens æquè probatione. P. Lessius *lib. 2. de Just. c. 17. dub. 6.* probat ex eo, quòd contrahentes possint constituere certas formulas & conditiones, sine quibus contractus non valeant, ergo & Respublica potest addere hujusmodi conditiones. Verùm, nisi aliud addatur, consequentia non est legitima: nam in priori casu vnusquisque privatus potest suam intentionem restringere, hocipso quia liber est ad omninò non contrahendum, & ex lumine naturæ constat, vltra suam intentionem neminem à se sponte obligari. in posteriore verò casu volens se obligare, & habens à natura potestatem se obligandi, impeditur à voluntate aliena ne possit quod natura concessit, & hoc est, quod debet in præsenti probari fieri posse.

107. Ratio ergo à priori est, quia Ius naturæ permittens esse validum contractum v. g. Matrimonium clandestinum, non est Ius absolutum sed conditionatè concessum, nempe: quamdiu Magistratus legitimus non judicaverit expediens, vt contractus non valeat: & hoc ideo, quia sine hac potestate non posset sufficienter incommodis Reipublicæ obviari. Positâ ergo voluntate Legislatoris irritativâ fit ut Ius Naturæ non transeat in absolutum, sicut transit, quando nulla hujusmodi voluntas exstat. Patet ergo hujusmodi leges nihil contra Ius naturæ statuere, nec de illis quemquam conqueri posse.

108. QUÆRITVR 1. Utrum Irritatio legis vim habeat in casu quo hujusmodi lex invincibiliter ignoratur. Exemplum affert Salas ex c. *ex insinuatione:* & cap. *nobis fuit. de Simonia.* vbi declaratur irrita collatio Simoniaca beneficii, etiamsi is cui collatum est beneficium, inscius fuerit. Verùm hoc exemplum non est ad propositum, nam hîc non interveniebat ignorantia juris seu legis irritantis, sed ignorantia facti, nempe beneficiarus ignorabat patrem suum vel amicos simoniacè obtinuisse electionem. Quæstio autem præsens procedit de Ignorantia Iuris. In qua quæstione

109. P. Salas & ex eo Palav. distinguunt inter leges irritantes præcisè in pœnam alicujus delicti, & irritantes secundùm exigentiam rectæ gubernationis, ac favorabiles. Has posteriores concedunt habere vim irritandi non obstante ignorantiâ, priores verò negant habere, quia (inquit Salas) *ignorantia inculpabilis excusat à pœna, ut etiam in irregularitate pœnali contingit.*

110. Verùm hoc posterius mihi non probatur; continet enim æquivocationem manifestam, & non cohæret cum doctrina præcedentis controversiæ. Alia utique est Ignorantia culpæ, & alia Ignorantia pœnæ; prior quidem excusat à pœna, posterior non excusat, si pœna sit proportionata delicto, ut suprà dictum est. Posse autem aliquando Irritationem esse pœnam pro-



proportionatam, non video quo fundamento negari possit; & instantia habetur in collatione simoniaca beneficii, quæ utique irrita esset, etiamsi conferens ignoraret legem irritantem, dummodo culpam Simoniæ non ignoraret; & tamen hæc irritatio est pura pœna. Alia instantia esse posset irritatio matrimonii contracti ab homicida vel adultero cum complice ex intentione vel promissione matrimonii, &c. Talis enim contraheret impedimentum criminis non obstante ignorantiâ legis irritantis. Hanc autem irritationem esse puram pœnam, videtur mihi certum; nam licèt per consequentiam sit favorabilis conjugibus, hoc tamen si obstaret, nulla denique lex irritans esset pura pœna, cùm quælibet tandem in aliquem favorem resolvi possit.

111. Solæ itaque leges illæ irritantes per ignorantiam Iuris enervari possent, quæ manifestè constituerent pœnam extraordinariam non medicinalem, ultra naturam delicti secundùm se spectati, qualis v.g. esset, si in aliquo regno, propter nimiam indolis propensionem ad duella, duellantes omnes inhabiles redderentur ad testandum, ad dignitates, usque ad tertiam generationem, &c.

112. QUÆRITUR 2. Si lex irritans sit in favorem alicujus statuta, utrum teneat etiam invitum & reluctantem. Ratio dubitandi est communis Regula, quòd beneficium non conferatur in Invitum: & prætetea, quia quandoque contingit, ut hujusmodi irritatio ex se favorabilis, per accidens hic & nunc evadat damnosa illi in cujus favorem est introducta. Denique quia omnis qui cum ignorantia irritationis celebrat actum, hocipso quia vult actum valere, est invitus quoad irritationem: Ergo tunc ignorantia enervabit irritationem.

113. Respondeo tamen primò; tantùm abest ut Ignorantia legis faventis enervet illius irritationem, ut potiùs reperiatur lex irritans contractum, ità ut ad efficaciam irritationis requiratur Ignorantia legis irritantis, quod nescio an ab alio fuerit observatum. Hujusmodi lex est Senatus Consultum Velleianum, quo Iure Codicis (nam aliud erat Iure digestorum) irritantur fidejussiones Mulierum, factæ sine solennitatibus eodem Iure requisitis, ità ut nec Civilem nec naturalem obligationem pariant, nullâque Creditori actio concedatur, nisi Mulier hujus beneficij conscia, nihilominus ad decipiendum Creditorem fidejussisset, tunc enim Mulieri ne quidem exceptio ex prædicto S. Consulto concederetur, quæ omnia acturus de fidejussione comprobabo, nunc insinuâsse sufficiat.

114. Respodeo 2. Irritatio potest etiam reluctanti & invito prodesse, hoc enim sæpè necessarium est ad finem à Legislatore intentum: sic potest invitus à voto solvi: sic contractus pupilli sine authoritate tutoris non valent etiam invito pupillo; sic mutuum acceptum à filio familias ex Senatus Consulto Macedoniano eatenus est inefficax, ut actio concessa Creditori possit exceptione elidi, tollatúrque etiam naturalis obligatio, quod verum est, etiamsi filius familias huic favori renuntiaret, ut tradit Zœsius contra Zasium, adeo ut ne quidem juramentum adjectum removeret exceptionem. Neque obstat illa Regula: *Quod in favorem, &c.* Nam hoc intelligendum est, si res in illis terminis sit, ut possit esse rationabiliter invitus: non potest autem esse rationabiliter invitus, quando Superior omnino & absolutè vult contractum esse nullum: tenetur enim tunc se subjicere voluntati Superioris. Plerumque tamen voluntas superioris non est ità absoluta, quia non vult nisi acceptanti prodesse. Sic, etsi testimonium sine juramento de Jure nullum sit, si tamen partes huic favori renuntient, valet, ut habetur cap. *tuit. 39. de testibus*, ibi: *Monachi verò de suis Fratribus ac Conversis testes in causis propriis producere absque juramenti exhibitione non possunt: nisi fortè à parte remittatur adversa.*

115. Respondeo 3. Si irritatio cederet in præjudicium & detrimentum illius cui lex favere vult, nullam vim haberet, ex Regula Iuris 61. de R. J. in 6. *Quod in favorem alicujus introductum est, non debet in ejus dispendium retorqueri.* Et Ratio est, quia cessante fine legis cessat legis dispositio.

116. Hinc cessat irritatio fidejussionis ex S. C. Velleianó, si mulier in rem utilitatémque suam se obliget, vel negotium illam contingat, ut si pro suo creditore intercedat. *l. aliquando* 13. *l. si mulier. 16. ff. ad S. C. Vell*: quam suo loco referam. idem est de contractu pupilli, in quantùm interest pupilli ut valeat, ut suo loco dicetur. Hinc aliquando resolvi cum Aversa casum pro valore Matrimonij ex metu injusto contracti, cum interminatione mortis, nisi statim contrahatur & consummetur matrimonium; ubi irritatio ob metum injustum si teneret, constitueret in necessitate vel peccandi fornicando, vel moriendi, cùm tamen introducta sit in favorem metum passi. Sed de hoc fortassis alibi redibit sermo.

CONTROVERSIA IV.

Vnde cognoscendum sit, Legem esse potiùs irritantem, quàm purè prohibentem.

SVMMARIVM.

NOn omnis contractus à Jure prohibitus, hoc ipso est nullus. Explicatur: *Lex* Non dubium. C. de legibus. 117.

Explicatur Regula 64. *in* 6. Quæ contra Jus fiunt, debent utique pro infectis haberi. 118.

Quænam sit Regula cognoscendi, quòd aliquid pertineat ad formam substantialem, vel tantùm ad accidentalem, si lex id non exprimat. 119.

117. Tam-

117. Tametsi multi Juris Consulti olim docuerint, & hodiéque doceant, omnem Contractum à Jure prohibitum, hoc ipso irritum esse, hodie tamen, saltèm de Iure Canonico id dici non potest; nam matrimonium habenti votum simplex castitatis est illicitum, sicut & sine præcedentibus denuntiationibus, vel contra priora sponsalia contractum, & tamen est validum, juxta cap. unicum de voto in 6. & cap. ad Apostolicam de Regularibus. *Multa prohibentur, quæ tamen facta tenent.* Neque obstat lex *non dubium* C. *de legib.* quam urgent adversarii, & novissimè Juris Consult. Antonius Perez *in tit. cit. n.* 11. ibi. *Nullum enim Pactum, nullam conventionem, nullum contractum inter eos videri volumus subsecutum, qui contrahunt, lege contrahere prohibente.* inferens inde actum contra legis prohibitionem factum, esse ipso Iure nullum, ut non sit opus exceptione vel rescissione aliquâ, hoc tamen, ut dixi, Ius Canonicũ non approbat, & ideo in illo Iure non procedit. Dicunt etiam DD. legem illam nullibi esse in hoc rigore receptam; imò in Digestis tit. *Quando appell. l.* 11. §. *biduum* 5. Contrarium statuitur, nempe sententiam conditionaliter latam valere, quæ tamen ibidem prohibetur. *Biduum vel triduum appellationis ex die sententiæ latæ computandum erit. Quid ergo si sententia fuerit sub conditione dicta. Verùm ex die sententiæ tempus computamus ad appellandum, an verò ex die, quo conditio sententiæ exstitit. Sanè quidem non est sub conditione sententia dicenda, sed si fuerit dicta, quid fiet? & est utile, statim tempora ad appellandum computari debere.* Fortassis denique dici posset, omnem contractum prohibitum eatenus esse nullum, quatenus in pœnam negatur ex tali contractu actio in foro civili, quamvis in conscientia sit servandus, nisi ex verbis legis omnimoda irritatio colligatur. Omitto responsionem glossæ dicentis, quòd ea quæ prohibentur, & tamen valent, non sint *contra legem*, sed: *præter legem*, quia lex illis non resistit, sed assistit, quoad valorem scilicet. Sed hæc est frivola lusio in verbis: si enim facere quod prohibetur non est contra legem, quid erit contra legem? deinde infertur: ergo non omnia, quæ prohibentur, sunt nulla & irrita, quia aliquibus lex assistit, ut valeant, quod est directè contra legem *non dubium*: Ergo & responsio glossæ.

118. Sed quid dicendum est ad Regulam Juris 64. in 6. *Quæ contra Jus fiunt, debent utique pro infectis haberi?* Varias explicationes videre licet apud Salas *Sect.* 8. *n.* 27. Quæ tamen mihi non videntur ad mentem Regulæ esse. Sed neque Peckius rem expedire videtur. Placet mihi interpretatio, quam ex Suarez affert P. Joannes Streinius, in illa Regula *contra Jus*, idem esse, ac *contra formam Juris*. Nempe quando lex formam præscribit pactis, censetur annullare pactum aliter factum, nisi declaret oppositum. Nunc ergo

119. QUÆRITUR, quæ sit Regula cognoscendi, quòd aliquid pertineat ad formam substantialem, vel tantùm ad accidentalem; si lex id non exprimat, ℞. 1. Si lex requirat aliquid observandum ab eo, cui tunc actu potestatem tribuit ad talem actum, censetur velle ad substantiam pertinere, nisi talis modus alioquin Iure communi accidentalis sit: v. g. si Pontifex det facultatem conferendi Beneficium, sed cum consilio Episcopi, tunc consilio non adhibito collatio non subsistit. *C. cùm in veteri. de elect.* ℞. 2. Et econtrario, si præscribitur modus illi, qui jam antè potestatem habet agendi, præsumitur modus non præscribi ut substantialis, sed ut accidentalis, quia lex non præsumitur velle enervare potestatem nisi exprimatur: ut, si præcipiatur habenti jam potestatem, ut actum non exerceat nisi cum consilio, vel tali tempore & loco, tunc neglecto consilio tempore aut loco adhuc valebit actus. ℞. 3. Si dubium est, præsumitur forma substantialis, quia supponit pro famosiore significato. Et hæc de legibus irritantibus in genere; nam de quibusdam in specie suis locis agetur.

CAPUT III.

DE CONSUETUDINE.

CONTROVERSIA I.

Quænam Consuetudo censeri debeat rationabilis, ut vim Legis obtineat.

SUMMARIUM.

Consuetudo alia est facti, alia Juris. 120.
Alia secundùm legem, alia præter legem, alia contra legem. 121.
Definitio Consuetudinis. 122.
Quænam Consuetudo censenda sit rationabilis. 123.
Plus requiritur ad Consuetudinem præter legem; *quàm* contra legem. 124.

De-

Declaratur exemplis, & explicatur cap. 1. de Consuetud. 125. 126.

Quomodo verum sit, irrationabilem esse Consuetudinem, quæ Jure Canonico reprobatur. 128.

120. Consuetudo alia est facti, alia Iuris. Prior consistit in frequentatione actuum necdum tamen ex obligatione. Posterior est Jus per tales actus introductum.

121. Dicitur etiam Consuetudo alia esse secundùm legem, alia præter legem, & alia contra legem. Prima legem scriptam supponit, & eam observando confirmat, quia impedit, ne non usu lex tollatur, & de hac non est in præsenti sermo. Secunda versatur in materia de qua leges nihil statuerunt, & de hac agitur in præsenti. Tertia potiùs tollit legem, quàm legem constituat, quamvis etiam possit legem constituere, si obligationem contrariam, & non meram libertatem inducat.

122. Definitur Consuetudo ex S. Isidoro in C. *Consuetudo dist.* 1. *Jus moribus constitutum, quod pro lege suscipitur, cùm deficit lex.* Ut autem vim legis obtineat consuetudo, duas conditiones habeat necesse est, ut sit rationabilis, & legitimè præscripta. De priore agemus hac Controversia.

123. QUÆRITUR ergò, quænam consuetudo censeri debeat rationabilis. Resp. hoc ex opposito cognoscendum esse. Illa enim consuetudo erit irrationabilis, quæ vel Iuri naturali aut divino adversatur, vel Iure Canonico reprobatur, vel peccandi licentiam ansámque præbet, vel aliâ ratione Reipubl. perniciosa est: ergo quæ nihil horum habet, rationabilis erit.

124. Advertendum tamen est, plus requiri ad Consuetudinem *præter legem*, quam *contra legem*: Nam ad hanc sufficit, si, præscindendo à lege contraria utilitati Reipublicæ non adversetur, & sic est sufficienter rationabilis: at verò quæ debet habere vim legis, debet etiam habere conditionem illam legis, ut nimirum sit positivè expediens Reipublicæ, & ad ejus felicitatem majorem conducens. Consensus populi in ejusmodi obligationem est signum sufficiens, si aliunde nil obstet, quòd Consuetudo expediat, quia quod ab omnibus vel maiore parte fit, tanto temporis decursu, rectè fieri præsumitur. Ut autem hæc doctrina facilius ad praxin deservire possit, exemplis est illustranda. Itaque

125. Infertur 1. Posse esse rationabilem consuetudinem, ut singulis annis transmittantur Cleri is Xenia, qualis consuetudo fuit in Ecclesia Messanensi approbata à S. Gregorio Papa *lib.* 1. *Registr. indict.* 9. *Epist.* 94. Nec improbata illis verbis, quæ habentur cap. 1. de consuetud. solùm enim prohibet talia Xenia sibi Pontifici deinceps mitti ab inferioribus Ecclesiis, *Consuetudines enim*, inquit, *quæ Ecclesiis gravamen inducere dignoscuntur, nostrâ nos decet consideratione remittere*: & hoc ideo *ut existimat P. Layman in cit. cap.* quia potiùs aliis Ecclesiis à Sede Apostolica subsidium afferendum est, quàm ut ab ipsis aliquid accipiatur. Contrarium dicendum esset de consuetudine, quâ Laici à parocho hujusmodi munera jure vellent exigere priusquam decimas solverent, quia talis consuetudo videtur repugnare libertati Ecclesiasticæ, ut notarunt Imola, Joannes Andreas, Panormit. & alij.

126. Infertur 2. Irrationabilem fuisse consuetudinem, & meritò ab Innocentio III. reprobatam, *cap. ad nostram S.* 7. quâ in Diœcesi Pictaviensi in causis etiam Ecclesiasticis decidendis suffragium habuerunt tam litterati, quàm illiterati, quicunque interfuissent allegationibus, & querelis partium, etiamsi nullâ cæteroquin jurisdictione præditi fuissent; quæ consuetudo repugnabat utique etiam naturali Iuri, ut per se patet.

Infertur 3. Posse rationabilem esse consuetudinem, quâ unum Monasterium acquirat Ius, ut in Abbatem alterius Monasterii non ex illius alterius, sed ex suo gremio aliquis eligatur, non obstante Iure communi contrarium statuente; ut electio semper ex proprio gremio fiat. Colligitur *ex c. cùm dilectus. tit. eod.* ubi casus Pontifici propositus legi potest.

Infertur 4. Irrationabilem fore consuetudinem, quâ quis posset sine authoritate Pontificis simul in eadem Ecclesia duas dignitates, personatus, &c. obtinere. *arg. C.* 1. *in* 6. *l. t.* ibi *Corruptelam (cùm sacris sit inimica Canonibus, & de ambitionis radice processerit) meritò reputantes: eam authoritate Apostolicâ reprobamus.* Quia si hoc ordinariè fieri posset, cederet in manifestum præjudicium Ecclesiarum: Cùm, communiter & regulariter loquendo vix uni dignè quis satisfacere possit. Benè tamen posset consuetudine induci, ut unus in eadem Ecclesia cum canonicali præbenda dignitatem, personatum, aut officium obtineret. *arg. C. eam te.* 7. *de rescriptis. ibi. qui eras Archidiaconus & Canonicus ejusdem Ecclesiæ.* Quia hoc etiam dispensatione Episcopi fieri potest.

127. Infertur 5. Non obstante Iure communi *cap.* 1. *de Excessib. Prælat.* Valet consuetudo præscripta, quòd Episcopus, inquirendo, puniendo, & corrigendo subditorum excessus non teneatur requirere consilium Capituli. *Cap. Non est de Consuet. in* 6. *Non est (dum tamen aliàs sit præscripta canonicè) consuetudo quam allegat Episcopus reprobanda: quòd in inquirendis, puniendis & corrigendis subditorum excessibus consilium sui Capituli requirere minimè teneatur.*

128. Dicet aliquis. Si potest consuetudo contra Iùs commune præscribi, quomodo verum est, quod n. 4. diximus, irrationabilem esse consuetudinem, quæ Iure Canonico reprobatur? Rс. Aliud est, reprobari consuetudinem, aliud,

aliud, reprobari actum, cujus frequentatione præscribitur consuetudo. Plus ergo requiritur ad consuetudinis reprobationem, nempe, sicut Canones possunt aliarum rerum præscriptiones vel omnino irritare, vel ad majus minusve tempus restringere (ut acturi de præscriptionibus ostendemus) ità etiam possint irritare præscriptionem Consuetudinis in certa materia.

CONTROVERSIA II.

Quomodo Consuetudo præscribatur.

SVMMARIVM.

Quantum temporis requiratur ad præscribendam Consuetudinem contra legem. 129

Advertendum discrimen inter consuetudines facti, *dum aliquæ important tacitum consensum Principis, aliquæ non.* 130.

Vt contra legem obtineat, debet saltèm præcedentibus legibus Princeps hanc vim consuetudini contulisse. 132.

Hujusmodi abrogatio non est propriè Præscriptio: Sed quasi. 133.

Errant, qui putant præscriptionem contra legem Ecclesiasticã esse præscriptionem contra Ecclesiam. 134.

Non requiritur ad hujusmodi præscriptionem bona fides. 136.

Redditur discriminis ratio. 137.

Quanta frequentia actuum requiratur. 138.

An actus isti debeant esse plenè voluntarii, non metu, aut dolo obtenti. 139.

An debeant procedere ex scientia, quòd necdum sit obligatio, aut quòd sit contra legem. 140.

Ex quali intentione debeant exerceri hujusmodi actus. 141. 143.

Quæ signa possint esse indicativa hujusmodi intentionis. 142.

Qualis consensus Principis seu Legislatoris requiratur ad inducendam consuetudinem. 144.

An Præscriptio contra legem impediatur, si in lege dicatur: Contrariâ Consuetudine non obstante.

129. QUÆRITUR 1. Quantum temporis requiratur ad præscribendam consuetudinem contra legem. Plurium opinio est, ad præscribendum contra legem Ecclesiasticam non sufficere decem annos, sicut sufficiunt ad præscribendum contra legem Civilem, sed requiri annos 40. nempe quia Ecclesia gaudet hoc privilegio, ut non nisi 40. annis contra illam præscribatur, atqui præscribere contra legem Ecclesiæ est præscribere contra Ecclesiam. Ergo

130. Communior tamen, & meo judicio vera sententia est, utrobique 10. annos sufficere. *Ità Lessius, Azor, Castro Palao, Lugo disp. 7. de Just. s. 6. n. 94. ut non videam, quomodo RR. aliqui contrariam dicant communem.* Advertendum est 1. discrimen inter ipsas consuetudines *facti*, quæ contra legem vigent. Aliquæ enim sunt, quæ dum vigent, important tacitum consensum Principis seu Legislatoris, dum nempe conscius consuetudinis silet, cùm posset resistere, nec urget legis observantiam: unde præsumitur nolle subditos obligare: quo casu censetur Princeps cedere jure suo, legémque tacitè revocare: ideo in hoc casu non dicitur propriè consuetudo præscribi, præscriptio enim currit etiam absque consensu illius, contra cuius Iura præscribitur, ut suo loco dicetur. Quapropter abrogatio legis non est regulanda regulis Præscriptionis quoad temporis diuturnitatem, sed tunc completa censebitur, quando silentium & dissimulatio Principis arbitrio prudentum verosimimiliter indicat, quòd legis observantiam non curet: unde etiam intra pauciores annos quàm decem lex abrogari potest.

131. Aliquando tamen consuetudo contra legem non importat secum talem consensum Principis quasi subsequentem vel concomitantem, eò quòd Princeps nihil sciat de transgressionibus legis: & in hoc sensu procedit quæstio.

132. Advertendum est 2. Consuetudinem ex sua natura non habituram esse unquam hanc vim præscribendi seu abrogandi legem inscio Principe, nisi ipse Princeps præcedentibus legibus talem vim consuetudini contulisset. Contulit autem imprimis Legislator Civilis lege primâ & ultimâ *C. quæ sit longa consuetudo* ibi. *Nam & consuetudo præcedens & ratio quæ consuetudinem suasit custodienda est.* & lib. 3. *Legesquoque ipsas antiquitùs probata & servata tenaciter consuetudo imitatur & retinet.* Item *lege de quibus* §. 1. *ff. de legibus.* Et quamvis hæ leges (unicâ *de quibus* exceptâ) loquantur de consuetudine quæ est *præter legem*, hoc est, quæ novam legem inducat, extenditur tamen à DD. (conformiter ad *L. de quibus* prope finem) ad abrogandam etiam legem: verba legis sunt. §. 1. *Quare rectissimè etiam illud receptum est, ut leges non solùm suffragio Legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur.* Nam authoritas populi & communis consensus non debet minus virium habere ad unum, quàm ad alterum. Legislator verò Canonicus hocipsum statuit c. fin. de Consuetud. his verbis. *Licèt longævæ consuetudinis non sit vilis authoritas, non tamen est usque adeo valitura, ut juri positivo debeat præjudicium generare, nisi fuerit rationabilis, & legitimè præscripta.*

133. Advertendum est 3. Tametsi hujusmodi abrogatio legis per consuetudinem non sit propriè Præscriptio (nam in pluribus deficit, ut suo loco ostendetur) est tamen *quasi Præscriptio*, & quia in Iuribus nomine præscriptionis appellatur, cogitandum est, Iura non plus temporis ad hanc requirere, quàm ad alias præscriptiones propriè dictas. Nunc

134. Probatur conclusio, evertendo fundamentum contrariæ opinionis, hoc est, pro-

bando, quòd præscriptio contra legem Ecclesiasticam non sit præscriptio contra Ecclesiam propriè loquendo, & ideo non gaudeat privilegio Ecclesiæ concesso. Contra illum enim dicitur propriè præscribi, cujus dominium aut Ius cum jactura & damno illius minuitur, & tollitur: ob hanc causam leges concesserunt Ecclesiæ plus temporis, quia voluerunt conservare bona Ecclesiæ in utilitatem Ecclesiæ, non ut Ecclesia Legislatrix est, sed ut domina jurium ad instar aliorum. Præscriptio autem contra legem non minuit utilitatem aut commoda Ecclesiæ, ne quidem ut Legislatrix est, quia leges non feruntur in utilitatem Legislatoris, sed subditorum: ergo præscriptio contra legem non est præscriptio contra Ecclesiam in eo sensu, quo Ecclesia gaudet privilegio longioris temporis, quàm alii contra quorum bona præscribi potest. Confirmatur. Nam ad præscribendum contra Ecclesiam Romanam non sufficiunt 40. anni, sed centum anni requiruntur. Ergo si præscriptio contra Canonem esset præscriptio contra Ecclesiam, in sensu quo adversarii Ecclesiam accipiunt, adeóque privilegiata, centum anni requirerentur, quod tamen nec adversarii dicunt.

135. Quæ dicta sunt de Consuetudine *contra legem*, à fortiori procedunt de Consuetudine *præter legem*, seu habente vim legis novæ. Quia Iura magis de hujusmodi consuetudine loquuntur. Lex *de quibus*: ait: *Inveterata consuetudo pro lege non immeritò custoditur, & hoc est Jus, quod dicitur moribus constitutum.* Lex: *sed & ea*: ait: *quæ longâ consuetudine approbata sunt, & per annos plurimos observata, non minùs quàm ea quæ scripta sunt jura, servantur.*

136. QUÆRITUR 2. An ad hujusmodi Præscriptionem requiratur bona fides, sicut requiritur in aliis præscriptionibus saltèm ad eam inchoandam. ℞. Negativè contra Lessium. Ratio est, quia alioquin moraliter loquendo nunquam ferè præscribi, aut præscriptum esse constare posset; quin potiùs nunquam præscriptum esse præsumeretur, quia præsumitur lex non ignorari, adeóque transgressiones esse peccaminosæ: imò ex dicendis q. 5. constabit, probabiliùs non posse præscribi cum ignorantia legis.

137. Neque est par ratio hujus cum aliis præscriptionibus: nam si v.g. res aliena præscribi posset cum mala fide, redundaret hoc in grave damnum innocentium, & præberetur ansa fraudibus: hoc non sequitur in præscriptione contra legem; si enim aliquod damnum inde sequeretur, vel consuetudo non esset rationabilis, vel damnum redundaret in ipsum præscribentem, vel id esset merè per accidens: per se enim loquendo primæ transgressiones legis non ità sunt connexæ cum frequentia subsequentium transgressionum, sicut iniqua possessionis inchoatio cum ejusdem continuatione. Deinde ad bonum subditorum spectat, vt, quando per diuturnam experientiam constat, legem esse lapidem offensionis, præbendo laqueum conscientiis, tunc, inquam, expedit, vt lex cesset obligare, cùm hoc bonum præponderet illi, quod sperari posset ex perseverantia obligationis, cum rara observantia.

138. QUÆRITVR. 3. Quanta frequentia actuum requiratur. ℞. Nec unum actum, nec duos sufficere, ne quidem, etiamsi Judiciales essent. Ità communiter DD. quibus adhærent Menochius, VVesenbecius, & Schneidevinus. *In nova editione Veneta vocatur O inotimus, penultimâ productâ, non correptâ, vt plerique pronuntiant. Cur autem hâc nomenclaturâ compellatus fuerit, caussa est, quia in quibusdam locis prodit se ab Ecclesia Romana alienum, & ideo meritò in eadem editione est castigatus.* Cæterùm arbitrio judicis, vel prudentis viri relinquendum est, quot actus in hac vel illa materia requirantur, vt prudenter censeatur populus in talem consuetudinem *præter legem*, ejúsque obligationem consentire: si verò loquamur de consuetudine contra legem, tot actus requirentur & sufficient, quot intra decennium frequentati ostendunt expedire, talem legem potiùs abrogari quàm sustineri.

Quòd unus actus non sufficiat, constat ex ipso nomine Consuetudinis, significante frequentationem actuum. Quòd non sufficiant duo, constat: quod enim bis fit, non dicitur fieri frequenter, in ordine ad inducendam consuetudinem, sed solùm in ordine ad graviorem criminis punitionem. & ità intelligendum est *cap. ita nos 25. q. 2.* ubi Episcopalis dignitas civitati subtrahitur, quæ suos præsules iteratâ vice interemerat, & vocatur: *Velut usus & consuetudo sacrilegus.*

139. QUÆRITUR 4. An actus isti debeant esse plenè voluntarii; non metu aut dolo obtenti. ℞. Affirmativè. Ratio est, quia loquendo de Consuetudine *præter legem*, cùm inducat gravem obligationem, requirit consensum deliberatum, non minùs quàm gravis transgressio cujuscúnque præcepti. Loquendo verò de Consuetudine contra legem, si metus causet Involuntarium secundùm quid, tunc ex transgressione non appareret legis inutilitas aut arduitas, cùm populus transgrediendo v. g. ex metu aut dolo, potiùs ostenderet, sibi legem non esse onerosam, cùm mallet abesse metum, ut legem servare posset.

140. QUÆRITUR 5. An hujusmodi actus debeant procedere ex scientia, quòd needum sit obligatio, ad hoc ut obligationem inducant: item an debeant esse ex scientia legis latæ, ad hoc ut contra legem præscribant. Negat Salas, sed verior & communior opinio affirmat. Unde si populus ex errore observaret per decennium aliquem diem festum vel jejunium, existimans se ad hoc obligari, non faceret consuetu

suetudinem Juris: item si materialiter transgrederetur legem, quam nesciret exstare, non præscriberet contra legem: nam ex hujusmodi actibus non posset colligi legis inutilitas aut arduitas, & contingere posset, ut tolleretur lex, quam populus mallet existere.

141. QUÆRITUR 6. Ex quali intentione debeant exerceri hujusmodi actus, vt consuetudinem legalem inducant. ℞. Requiri intentionem inducendi obligationem. Probatur primò à posteriori: alioquin defactò plurima essent sub obligatione, quæ tamen non sunt, vt recitatio matutini ante missam, Oratio angelicæ salutationis, acceptio cinerum, in die cinerum, & ramorum die palmarum &c. Probatur. 2. à priori, quia lex scripta debet ferri à legislatore animo obligandi: ergo consuetudo, quæ vim habet legis, debet induci animo obligandi.

142. Sed quæret aliquis, quæ signa possint esse indicativa hujusmodi intentionis: nisi enim aliqua signa adsint, potiùs opposita intentio præsumenda erit, quia nemo præsumitur velle sibi onus imponere, nisi de tali animo constet, & lex non præsumitur, nisi probetur. ℞. Posse esse sequentia. Primum, si Materia Consuetudinis sit res gravis & difficilis, & tamen communiter servetur à populo: quia non solet populus uniformiter operari in ejusmodi materiis, nisi vel supponat obligationem, vel speret eam existere ad obtinendum aliquod emolumentum, quod sine obligatione non speraret. Secundum. Si neglectores reprehendantur propter difformitatem, & populus ægrè ferat hujusmodi transgressiones, tunc enim supponitur quædam culpa civilis in transgressoribus, quasi conentur impedire cursum Consuetudinis ad inducendam obligationem. Tertium, & meo judicio optimum, si materia sit talis, vt seclusâ obligatione non posset sperari constantia actuum requisitorum ad obtinendum illud bonum, quod per talem consuetudinem intenditur: tunc enim qui constanter operantur secundùm consuetudinem, præsumuntur velle per suas operationes prodesse Reipublicæ quantùm possunt, & meliore modo quo possunt: si ergo magis prosunt obligationem inducendo, hoc ipso hanc saltèm implicitè intendunt, quod sufficit. Quodsi dubium sit, an expediat obligari potiùs quàm non obligari, præsumi debet contraria intentio, quia nemo vult se sponte obligare, nisi ex obligatione majorem fructum, & majore probabilitate speret.

143. Loquendo nunc de actibus præscribentibus contra legem, conveniunt etiam DD. requiri intentionem sese deobligandi; sed hujus intentionis indicia non arbitror esse necessarium investigare, quia videtur in transgressionibus semper adesse primaria intentio in populo, vt ex suis transgressionibus lucrum reportent si quod possibile est: lucrum autem est vtique abrogatio legis in illis circumstantijs, ex quibus colligi potest, expedire vt lex abrogetur.

144. QUÆRITUR 7. Qualis consensus Principis seu Legislatoris requiratur ad inducendam consuetudinem. Certum autem est, aliquem consensum requiri, nam sine Principis voluntate, populus non habet potestatem condendi legem aut conditam abrogandi, cùm hæc potestas in Principem sit translata. Vnde posset Princeps antecedenter resistere Consuetudini contra legem, vt suprà dictum est, si v.g. judicaret, per talem resistentiam absterrendum populum à transgressionibus, qualis autem debeat esse consensus disceptatur. Basilius Pontius arbitratur, requiri consensum quasi consequentem & præsupponentem actus aut transgressiones populi, approbando, vel dissimulando ac tolerando: unde consequens est, quòd non posset Consuetudo induci, nisi de actibus aut transgressionibus populi Principi constaret.

145. Communis tamen est Sententia, sufficere consensum generalem antecedentem, & expressum in Iuribus superiùs allegatis, quibus generatim Consuetudines rationabiles & legitimè præscriptæ approbantur, & vim accipiunt à Legislatore. Ratio est, quia nullibi plus requiritur, idque satis exprimitur in lege *de quibus* ff. de Legib. *Rectissimè receptum est, vt leges non solùm suffragio Legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur.* quibus verbis duplex modus abrogandi legem exprimitur. primus & indubitatus est voluntas revocatoria Legislatoris, secundus est tacitus populi consensus per actus contrarios.

146. QUÆRITUR 8. An præscriptio consuetudinis contra legem censeatur impediri, si in aliqua lege dicatur: *Contrariâ Consuetudine non obstante.* ℞. Affirmativè. Nam, ut habet communis sententia contra Suarez, hæc verba non solùm ad consuetudinem præteritam, sed etiam ad futuram extenduntur, nisi in ipsa lege ad solas præteritas extenderetur. Tum quia talis prohibitio est in favorem legis, & in bonum Reipublicæ, & ideo latè interpretanda: tum quia lex prohibens consuetudinem vult cavere legis abrogationem per desuetudinem.

CONTROVERSIA III.

Quomodo Consuetudo possit abrogari.

SUMMARIUM.

Consuetudo universalis abrogatur lege universali. 147.

Consuetudini particulari non derogat lex universalis, nisi addatur clausula derogatoria. 148.

Imò nec Consuetudo particularis abrogatur per legem particularem. 149.

Clausula derogatoria generalis Consuetudinis particula-

cularis non se extendit ad Consuetudinem immemorialem, nisi exprimatur. 151.
Consuetudo consuetudine abrogari potest. 152.

147. DICENDUM breviter 1. Consuetudo universalis abrogari potest per legem contrariam æquè universalem, etiamsi in lege nulla fiat mentio contrariæ consuetudinis. Ratio est, quia universalem consuetudinem non præsumitur Legislator ignorare; ergo ejus intentio est eam abrogare lege contrariâ.

148. DICENDUM 2. Consuetudini particulari & rationabili alicujus loci, non derogat lex universalis, (quidquid dicat Bartolus) nisi talis Consuetudinis clausula derogatoria saltèm sub terminis generalibus expressè apponatur. Ità decisum habetur in *c.1. de Constitut. in 6.* ubi Ratio assignatur, quia cùm ejusmodi consuetudines existere, in facto consistat, possunt à Legislatore probabiliter ignorari, quas si sciret, fortassis ad illum locum legem non extenderet. Textus sic habet. *Licèt Romanus Pontifex* (*qui jura omnia in scrinio pectoris sui censetur habere*) *constitutionem condendo posteriorem, priorem* (*quamvis de ipsa mentionem non faciat*) *revocare noscatur: quia tamen locorum specialium & personarum singularium consuetudines & statuta* (*cùm sint facti & in facto consistant*) *potest probabiliter ignorare: ipsis* (*dum tamen sint rationabilia*) *per constitutionem à se noviter editam* (*nisi expressè caveatur in ipsa*) *non intelligitur in aliquo derogare.*

149. DICENDUM 3. Imò nec consuet. particularis abrogari videtur per legem particularem, hoc est, pro loco illius consuetudinis latam à principe universali (aliud est de Principe particulari) nisi vel consuetudinis aliqua mentio fiat, vel accedat populi consensus, petitio aut informatio, vel alio modo constet notam esse Principi talem consuetudinem. Ratio redditur ex dictis. Quia adhuc censeri potest Princeps talem consuetudinem ignorare: & ex altera parte Iuris correctio est vitanda quoad fieri potest, *L. præcipimus. C. de appellat.* & Legislator in ferenda lege non censetur velle moribus subditorum resistere nisi exprimat, *arg. cap. Erit autem lex. dist.* 4. ubi dicitur: *Erit autem lex honesta, justa, possibilis, secundùm naturam, secundùm patriæ consuetudinem, loco temporique conveniens.*

150. Adverte hîc 1. Has conclusiones procedere de consuetudine jam plenè præscripta, non verò adhuc imperfecta, ut contra Suarez pluribus probat Castro Palao.

151. Adverte 2. Clausulam generalem derogatoriam consuetudinis particularis, non se extendere ad consuetudinem immemorialem, nisi hoc expressè dicatur: nam consuetudo immemorialis, hoc est, cujus initium nescitur, habet vim privilegii à Principe concessi, cui non derogatur clausulâ generali derogatoriâ consuetudinis, sicut nec præscriptio immemorialis excluditur exclusâ præscriptione generaliter, *arg. L.* 3. *§. ductus aquæ ff. de aqua quotid. & æstiva.* ibi *Ductus aquæ cuius origo memoriam excessit, jure constituti loco habetur.*

152. Adverte 3. Sicut lege potest abrogari præterita consuetudo, ità & consuetudine contrariâ, positis omnibus conditionibus suprà requisitis.



CAPVT IV.

DE EXEMPTIONE A LEGE COMMUNI, HOC EST PRIVILEGIIS.

CONTROVERSIA I.

In quà definitio, & multiplex Privilegiorum divisio, aliæque conditiones explicantur.

SVMMARIVM.

Definitio privilegii. 153.
Non omne Principis beneficium est privilegium. 154.
Quomodo privilegium sit contra jus commune. 155.
Privilegium aliud reale, aliud personale. 156.
Subjectum privilegii realis aliud corporeum, aliud incorporeum. 157.
Regula discernendi privilegium reale à personali, ex pluribus capitibus desumendum est. 158.
Privilegium aliud merè gratiosum, aliud remuneratorium. 161.
Privilegium aliud purum, aliud conventionale. 163.
Privilegium aliud perpetuum, aliud temporale. 165.
Privilegia conditionata, conditione variabili, an sint perpetua. 167.
Privilegium aliud commune, aliud singulare. 168.
Privilegium aliud pro foro conscientiæ, aliud pro foro externo. 169.

Privi-

153. DEfinitur privilegium, lex privata aliquid speciale concedens. Dicitur *Lex*, non quidem respectu illius in cujus favorem conceditur, non enim habet ex genere suo, illum obligare, cùm, regulariter loquendo, nemo teneatur uti privilegio, & privilegium non detur invito, sed respectu aliorum, quos obligat, ne impediant privilegiatum ab usu privilegii. Deinde quia non omne privilegium est ex se perpetuum, cùm quandoque concedatur ad tempus, ideo minùs propriè *Lex* appellatur.

Dicitur: *Privata.* Quia in favorem alicujus privati, vel certè uni tantùm parti totius communitatis conceditur.

Dicitur: *Speciale aliquid concedens*, hoc est, favorem aliquem, qui jure communi non est concessus, aut certè dubium est, an sit concessus. Ubi notandum est, privilegium omne, si fieri possit, semper ità intelligendum esse, ut aliquem favorem specialem tribuat jure communi non tributum. Sed quia quandóque privilegium datur de aliquo, quod jure communi est concessum, quale videtur contineri *cap. quia in causis. de Procuratoribus &c. etsi Christus §. fin. de Jurejur.* Ideo de hujusmodi dicendum est, ea vel non esse privilegia concessiva, sed tantùm declarativa Iuris communis, tribuendo suâ declaratione majorem securitatem: vel si sunt privilegia, eorum favorem specialem in hoc consistere, quòd specialiter obligent superiores, ut taliter privilegiatos singulari curâ circa tale Ius defendant intuitu authoritatis illius, qui tale privilegium concessit, & præterea talia privilegia hoc operantur, ut per simplicem revocationem Iuris communis non possit impediri usus illorum, sed necessaria sit revocatio privilegii concessi.

154. QUÆRES 1. An omne Principis Beneficium sit privilegium. ℞. Negativè. Privilegium enim semper est ad plures actus, cùm detur cum aliqua duratione notabili: potest autem dari beneficium ad unum solum actum, v. g. facultas eligendi semel Confessarium, dispensandi semel in irregularitate, absolvendi semel à reservatis, &c.

155. QUÆRES 2. An omne privilegium debeat esse contra Ius commune. ℞. Posse hîc fieri quæstionem de nomine. Affirmant Panormit. Bartolus, Sebastianus Medicis. Sed alii communiùs negant. Existimant enim, plurima esse privilegia præter legem, hoc est, concedentia favorem, quem Ius commune nec prohibet nec concedit, v. g. Privilegium audiendi confessiones, dispensandi, &c. Cæterùm licèt Ius commune talia non prohibeat, nisi supponendo defectum potestatis, adeóque non prohibeat eo modo, quo v.g. prohibet comestionem carnis in quadragesima, est tamen aliqua prohibitio, & fortassis illi Authores aliam non intellexerunt, adeóque conciliari possunt.

156. Dividitur privilegium primò in reale & personale. *L. Privilegium ff. de R. J.* & colligitur ex *cap. Mandata de præsumpt.* ibi. *Quas* (vices Apostolicæ Sedis) *non loco tribuimus, sed personæ. Quia ex transacta in te vita didicimus, quid de consequenti conversatione tua præsumamus.* Reale est, quod immediatè tribuitur, affigitur & inhæret rei, loco, conditioni, dignitati, officio, separabili à persona in ordine ad cujus usum datur: v.g. si fundo Petri detur privilegium exemptionis à decimis: tunc enim ad quemcunque pervenerit fundi dominium, gaudebit fundi exemptione, etiam defuncto Petro. Personale est, quod immediatè inhæret personæ individuæ, particulari & determinatæ, & cum ea extinguitur, ut si Petro detur privilegium recitandi matutinum unâ horâ post meridiem, absolvendi à reservatis, &c.

157. Subjectum privilegii realis aliud est corporeum aliud incorporeum. Corporeum est, v.g. Ecclesia, fundus, Monasterium, &c. Incorporeum est officium, ut dignitas Episcopalis, Clericatus, Doctoratus, Universitas, Religio, vel alia Communitas. Nam licèt hæc constent personis, sunt tamen fictione Iuris quasi una persona perpetuabilis, & ideo tale privilegiū est reale non personale. L. *forma*, 4. §. *quanquam* 3. *ff. de Censibus. Quanquam in quibusdam beneficia personis data immunitatis cum persona extinguantur: tamen cum generaliter locis, aut cum civitatibus immunitas, sic data videtur, ut ad posteros transmittatur.* Et hoc verum est, sive singuli possint frui privilegio, sive sola communitas per modum unius.

Idem videtur etiam dicendum de iis, quæ certo generi hominum moraliter perpetuò duraturo conceduntur, quamvis non constituant unum corpus mysticum, ut Privilegium Senatus Consulti Velleiani, Macedoniani, Restitutionis in integrum, concessum Minorennibus vel absentibus Reipublicæ causâ, Privilegium militum in faciendis testamentis sine solennitatibus de Jure communi requisitis, &c.

158. Porrò non potest universalis regula ex uno solo capite erui ad cognoscendum & discernendum Privilegium Reale à Personali. Nàm primò, non ex solis verbis hoc colligi potest: aliquando enim verba diriguntur ad unam Personam singularem, & tamen Privilegium est Reale, ut si dicatur. *Concedo tibi hanc facultatem in perpetuum.* illa particula: *in perpetuum*: esset otiosa, nisi privilegium transiret ad successores, nàm illâ etiam non adjectâ, & nullâ etiam

additâ limitatione ad certum tempus, privilegium durat toto vitæ tempore; nullum autem verbum debet in privilegio censeri otiosum *cap. si Papa. de privil. in 6.* ibi *Cùm verba aliquid operari debeant.* Econtra possunt verba dirigi ad rem, v. g. ad dignitatem, & tamen esse privilegium Personale, eò quòd res non possit transire ad hæredes aut successores: tunc enim ex subjecta materia colligitur, conferri huic soli individuo, cui defacto inest hæc dignitas; ut si Episcopo Augustano (sub istis terminis) detur Privilegium legendi sacrum tecto capite, & majori parte sedendi quamdiu durat morbus arthriticus.

159. Secundò non potest vniversim sumi discrimen ex materia, quæ tametsi ad successores transire posset, ex verbis tamen colligi potest, Privilegium esse tantùm Personale. v. g. si dicatur: Concedimus Episcopo Augustano, ob singularem ejus prudentiam, potestatem dispensandi in voto Religionis, Castitatis &c.

Tertiò non potest universim sumi ex motivo vltimato & impellente; nam sæpè hoc non manifestatur: deinde etiamsi manifestetur, potest motivum inesse particulari personæ, & tamen privilegium esse reale, vel econtra, v. g. si Privilegium dicat: Ob insignem virtutem bellicam, & res à Petro præclarè gestas, do ejus familiæ talem facultatem &c. erit reale vel econtra: ob plurima merita hujus familiæ do Petro hoc privilegium: erit personale.

160. Quapropter & verba, & res, & causa diligenter consideranda sunt, iisque simul consideratis judicandum est de intentione dantis privilegium. Quodsi omnibus his consideratis adhuc dubium est, tunc distinctione opus erit. Si enim Privilegium sit purè favorabile, in nullius grave præjudicium, nec contra Jus commune directè prohibens, interpretandum est, esse reale, quia Privilegium Principis plenissimè interpretandum est *l. ult. ff. de Constit. Principum. Beneficium Imperatoris, quod à divina scilicet ejus indulgentia proficiscitur, quàm plenissimè interpretari jubemus.* secùs, erit Personale.

161. Dividitur 2. In Privilegium merè Gratiosum, & Remuneratorium. Prius est, quod conceditur & non in vim præmij, alterum quod conceditur in compensationem meritorum. ad hoc autem non sufficit, si privilegium quomodocúnque concedatur intuitu & occasione meritorum; possunt enim merita esse indicativa singularis idoneitatis ad vsum alicujus privilegij, & tunc non habet rationem præmij, quia sic concedi posset, etiamsi jam priùs omnia merita compensata fuissent. Exemplum habetur *in cap. mandata. de Præsumptionibus*, ubi Bonifacius Papa dedit Episcopo Maximo potestatem Vicariam super omnes Ecclesias Siciliæ his adjectis verbis: *Non loco tribuimus sed Personæ: quia ex transacta in te vita didicimus, quid de subsequenti conversatione tua præsumamus.*

162. Privilegium remuneratorium aliqui putârunt, semper esse Personale, propter varios juris textus apud Suarez *c. 4. n. 2.* qui tamen bene ostendit æquivocationem in verbo: *Personale* & *Personæ.* Illud insuper rectè advertir, quòd quando transmissio Privilegii ad successores, non cedit in commodum ipsius privilegiati, tunc si dubium est, an sit Privilegium reale, an Personale, potiùs Personale censendum sit. Si verò transmissio etiam cedit in commodum privilegiati, tunc in dubio attendenda est proportio inter merita & præmium: si enim non excedit merita talis transmissio, censebitur privilegium esse reale. Neque obstant Jura dicentia, quòd quæ Princeps alicui ob merita indulsit, vel si quam pœnam irrogavit, vel si cui sine exemplo subvenit, personam non egrediantur: hoc enim intelligendum est *formaliter* non *materialiter*, hoc est, non egrediuntur personam adæquatam, v. g. totam familiam, quia non licet inde ob similitudinem aut paritatem rationis argumentari ad aliam familiam, quæ fortasse non minora merita habet, sed privilegium illi concessum non est.

163. Dividitur 3. in Privilegium purum, & conventionale. Purum est, quod merè gratis datur sine reciproca obligatione. Conventionale est, quod ex pacto conceditur. Unde constat, non omne privilegium esse omninò gratiosum, satis enim est, si sit aliquid Iure communi non concessum.

Privilegium Conventionale non solùm potest esse reale, sed etiam Personale, ità ut cum persona extinguatur, quod immeritò negârunt aliqui Iuristæ, decepti principio quodam Iuridico, quod omne pactum & obligatio suâ naturâ debeat esse perpetua, adeoque etiam ad hæredes transire. Sed si hoc principium ità crudè sumatur, habet contra se plurimas instantias; Nam ut taceam de matrimonio & sponsalibus, quæ utique ad hæredes non transeunt, Ususfructus potest utique in pactum venire, & tamen non transit ad hæredes illius cui ususfructus conceditur: cur ergo non possit privilegium ex pacto ad vitam concedi? Addo aliud exemplum ex tit. *Inst. de Verb. Ob.* ubi §. 4. utilis censetur stipulatio, quâ quis sibi petit ab altero promitti decem aureos quoad vivet, qui stipulatur: & eo mortuo promissor hæredibus nihil debet. Respondent aliqui moderni, quòd de rigore Iuris posset hæres stipulatoris agere & exigere adhuc decem aureos, quia pacta sunt perpetua, sed tamen ex æquitate hæres stipulatoris, inquiunt, pacti exceptione summovetur, quia qui ad vitam stipulatur, ne hæres petat stipulatus videtur. Ità habet celeberrimus I. Consultus Ioannes Arnoldus Corvinus in suo Enchiridio. Sed hæc sunt bella verba, nihil solventia. Stipulari enim ne hæres petat, idem formalissimè est, ac stipulari, ut sibi non autem hæredi debeatur:

ergo

ergo hoc pactum formalissimè excludit transitum ad hæredes.

164. Meliùs respondet Suarez, illud axioma intelligendum: nisi ex intentione contrahentium aliud colligatur, vel nisi materia & natura contractûs aliud exigat: unde non est essentiale pacto ut sic, esse perpetuum, sed solùm non repugnat ex genere suo esse perpetuum, sicut animal ex genere suo non repugnat esse rationale, licèt non omne animal sit rationale.

165. Dividitur 4. in Privilegium perpetuum, & temporale, quæ divisio differt à priore: nam licèt omne privilegium perpetuum sit reale, non tamen econtra omne reale est perpetuum. Itaque Privilegium perpetuum est, quod ex vi concessionis & rei cui conceditur, durare perpetuò potest. tale etiam est, quod Ecclesiæ materiali etiam intuitu ædificii conceditur; nam licèt illud ædificium destrui possit non minùs quàm homo, imò etiamsi ex tali materia constaret, quæ intra centum annos non minùs corrumpenda esset quàm homo individuus, adhuc tamen esset privilegium perpetuum, quia potest semper esse spes reædificandi illam Ecclesiam, quâ spe durante non extinguitur, sed ad summum suspenditur privilegium, ut dicemus.

166. Privilegium temporale est, quod moraliter & naturaliter loquendo intra certum tempus extingui debet, quod provenire potest primò ex parte subjecti cui conceditur, nempe si personæ individuæ, quæ naturaliter non potest perpetuo durare; nam licèt in Iure tempus vitæ vocetur tempus perpetuum, ut cùm exilium dicitur pœna perpetua, hæc tamen acceptio est impropria. Secundò contingere potest ex modo concedendi, si nempe concedatur ad tempus, tunc elapso tempore extinguitur privilegiũ, nisi de novo instauretur, & hoc est privilegium reale non perpetuum; ut cùm conceduntur Indulgentiæ plenariæ pro defunctis applicandæ ad duodecim annos. Hujusmodi etiam esse videtur, cùm dicitur: *Quamdiu voluero*. tunc enim non potest durare ultra vitam concedentis, ut habet communior opinio, quamvis oppositum etiam probabile judicet Castro Palao *disp.* 4. *p.* 16. §. 5. *post Eman. Sa*, quia ex communi consuetudine, & etiam ordinariorum praxi, videntur illæ voces idem sonare quod istæ: *Donec revocavero*. vel: *Nisi revocavero*. vel: *quamdiu aliud non decrevero*. tunc enim adhuc post mortem verificantur conditiones illæ, quia semper est verum dicere, privilegium non esse revocatum, ut cum pluribus aliis advertit Laym. *in Theol. Mor. hic n.* 17.

167. QUÆRES, an Privilegia conditionata sint perpetua, si conditio adjecta variari potest: ut si Pontifex concedat Privilegium Religioni, si & quamdiu in novo orbe laboraverit in vinea Domini. P. Castro Palao *p.* 2. §. 2. *in fine* videtur absolutè pronuntiare, talia esse temporalia. Sed distinguendum est ex principiis antea positis. Vel enim conditio est talis, ut moraliter possit perpetuò durare, esto etiam cessare possit: & tunc adhuc privilegium est perpetuum, non obstante conditione subintelligendâ, *quamdiu Sedi Apost. placuerit*, nam ut Suarez advertit, ejusmodi conditio in omni privilegio subauditur, nempe, quamdiu Sedi Apost. vel Principi placuerit, à quo revocari potest. Quodsi verò conditio ejusmodi sit, ut moraliter non possit perpetuò durare, tunc erit privilegium temporale: ut si Pontifex alicui Religioni concedat privilegium tempore pestis exortæ, quamdiu se impenderit servitio infectorum: moraliter enim non potest pestis esse perpetua.

168. Dividitur 5. in Privilegium Commune & Singulare. Commune est, quod immediatè bonum alicujus Communitatis respicit cui Privilegium conceditur, & tantùm per redundantiam respicit bonum singulorum, qui sub illa communitate continentur; tale est Privilegium Fori, quod toti Clero conceditur, intendendo primariò ejus honorem & reverentiam. Privilegium singulare est, quod immediatè singulorum privatorum utilitatem respicit, ut privilegium restitutionis in integrum. Est autem inter utrumque hoc discrimen notatu dignum, quòd priori non possit privatus renuntiare, bene autem posteriori, sed cum duplici limitatione; prima, si illius solius intersit cui conceditur: quodsi simul alterius intersit, tunc consensu alterius opus est ad renuntiandum; v. g. quia mariti etiam interest mulierem non posse ex fidejussione obligari & efficaciter conveniri, ideo sine consensu mariti non potest uxor renuntiare S. C. Velleiano. secundò limitatur, si consensus privilegiati requiritur in collatione privilegii; sunt enim quædam privilegia, quæ etiam invito dantur, ut S. C. Macedonianum, privilegium pupillorum, ut non valeat contractus onerosus sine consensu tutoris, Privilegium exemptionis Religiosorum, cujus privilegii renuntiatio cederet in præjudicium Papæ, qui sibi illos immediatè subjecit, de quo tamen videri potest Salas *d.* 16. *s.* 3. *n.* 5. & Layman. *c.* 23. *n.* 3. *prope finem.*

169. Dividitur 6. in Privilegium pro foro conscientiæ, & pro foro externo. Prius est, quod tantummodo servit ad assecurandam conscientiam alicujus, non tamen in ordine ad forum externum, in quo se talis gerere debet perinde acsi nullo privilegio juvaretur; v. g. si Religiosi habent privilegium absolvendi à Censuris, sive Episcopalibus, sive Papalibus in foro conscientiæ, taliter ab ipsis absolutus potest occultè celebrare, quin incurrat irregularitatem, in foro tamen externo (si notorium sit, esse censurâ innodatum) debet se gerere, acsi à nemine absolutus esset, donec obtineat absolutionem, vel absolutionis declarationem in foro externo.

Econ-

Econtra privilegium pro foro externo verè concessum etiam servit ad conscientiæ securitatem, & continet eminenter privilegium pro foro interno.

170. Dividitur 7. in Privilegium scriptum & non scriptum. Scriptum ab homine datum, nec Iuri communi insertum, debet esse authenticum, vel Principis sigillo munitum, vel transumptum cum subscriptione Notarii, & personæ in dignitate constitutæ sigillo, vel debet esse desumptum ex originali, citatâ parte cujus interest. Privilegium non scriptum est, quod vel oretenus (ut sunt vivæ vocis oracula) vel per consuetudinem seu Præscriptionem legitimam obtentum est: nam quæ sic bonâ fide præscripta sunt, in favorabilibus nomine Privilegii veniunt, non tamen in odiosis; unde revocatis privilegiis non censentur revocatæ tales consuetudines, quia sunt privilegia fortiora, quàm vivæ vocis oracula, & etiam scripto concessa, ut bene docet Suarez *c.* 7. *n.* 10. *&* 15. Unde sicut Consuetudo generalis tametsi sit propriè lex, sæpius tamen non comprehenditur nomine legis, ità consuetudo particularis licèt sit propriè privilegium, si favorem præter vel contra Ius commune inducat, non semper tamen nomine privilegii comprehenditur, præsertim in odiosis.

171. Dividitur 8. in Privilegium concessum ad instantiam partis, & concessum motu proprio: quæ divisio est adæquata, nec admittit medium: nam esto fieri possit, ut princeps concedat privilegium motu proprio, & tamen præcesserit petitio partis, princeps autem vel non fuerit motus ab illa petitione, vel certè non fuerit motus ab illa sola, adeo ut etiamsi non moveret petitio, ex alio tamen motivo sufficienter moveretur ad privilegium concedendum, hoc tamen non est propriè medium inter illa duo, sed vocandum est Privilegium motu proprio concessum, quia motus proprius non supponit simpliciter & determinatè negationem instantiæ, seu petitionis, sed solùm supponit negationem instantiæ ut adæquati soliusque motivi, & econtra privilegium *ad instantiam* est solum illud, quod præcisè ex motivo petitionis conceditur.

172. Ut autem sit Privilegium *motu proprio*, debet id exprimi in privilegio *c. si motu proprio de præbendis in* 6. ibi in fine. *Motu quoque proprio tunc solùm gratia fieri censeatur, cùm hoc expresiè cautum fuerit in eadem.* alioquin non posset probari, nam probatio illius negationis, scilicet quòd petitio & instantia non fuerit adæquatum motivum, sed habuerit adjunctum aliud motivum etiam secundùm se sufficiens, est ferè impossibilis.

173. Differunt etiam in ordine ad effectus. primò: quòd concessum motu proprio procedit ex plena liberalitate, & ideo latè est explicandum & ampliandum, quantùm proprietas verborum admittit: ad instantiam verò concessum, non item, quia est minùs voluntarium, & censetur per importunitatem extortum. 2. Concessum ad instantiam potest faciliùs in privilegiatum retorqueri, cogendo ad usum privilegii. 3. Privilegium motu proprio concessum omnem subreptionem excludit, saltèm quando nulla penitus petitio præcessit, quia tunc motus proprius supplet seu ostendit voluntatem conferentis non alligari defacto ulli veritati, quæ si manifestata fuisset, privilegium non fuisset indultum. *Clement. si Romanus de Præbend. & c. si motu proprio* 23 *eod. tit. in* 6. *Si motu proprio alicui aliquod beneficium obtinenti conferamus aliud, de illo non habitâ mentione: non ob hoc gratiam hujusmodi, quæ de nostra mera liberalitate processit, invalidam volumus reputari.* Controversum est, an si præcessit petitio cum taciturnitate veritatis ejusmodi, adhuc privilegium subsistat, si concedatur cum particulis: *Motu proprio.* Negat post alios Suarez, non quidem ob vitium surreptionis (hoc enim purgaretur per clausulam) sed ob defectum intentionis, quæ tunc videtur esse conditionata: *si preces veritate nitantur.* Ejusdem sententiæ videtur esse Prosper Fagnanus in c. super litteris de Rescriptis n. 38. quamvis non satis se explicet. Affirmant tamen probabiliter, etiam tunc valiturum privilegium, Sanchez, Menoch. & alii, quos sequitur Castro Palao; quia tunc clausula adjecta indicat, mentem Pontificis esse, quòd privilegium eâdem liberalitate & plenitudine ac intentionis amplitudine concedat, ac si petitio non præcessisset, debet enim tale privilegium amplè explicari, quantùm patitur verborum proprietas, ut fatetur Suarez: atqui verba patiuntur hanc amplitudinem. Quodsi tamen vel in ipsa petitione fuit caussa falsa allata, quæ principaliter moveat, vel in ipsâ concessione fuit apposita etiam sine prævia petitione, tunc utique privilegii concessio est nulla, quia deest intentio conferendi cum tali falsitate. sed de hoc iterum infrà: *Cap. ult. de Rescriptis §. ult.*

174. Restant nunc quædam species Privilegiorum explicandæ.

Prima species sit eorum privilegiorum, quæ dicuntur *Ad instar.* v.g. quando Petro conceditur privilegium ad instar illius, quod concessum est Paulo. De hac specie

DICENDUM est primò, tale privilegium plenè & adæquatè commensurari illi alteri privilegio tanquam exemplari, prout se habet tempore concessi privilegii *ad instar.* Unde sive postmodum augeatur, sive minuatur exemplar, non propterea augetur aut minuitur privilegium concessum *ad instar*, nisi hoc in ipsa concessione cautum esset: imò etiamsi exemplar postmodum tolleretur, adhuc firmum maneret privilegium *ad instar*, non enim datum est cum continua dependentia ab exemplari.

175. DI-

175. DICENDUM 2. Si generalibus terminis datur privilegium ad instar alterius, & illud aliud exemplar nullum omnino exstat, nec sciri potest, qualenam fuerit in specie, talis concessio nihil operatur: sicut si in legato nulla omnino res aut quantitas exprimatur, legatum est nullum, *l. si sic legatum.* 75. §. *si mihi. ff. de legatis primò.* qui textus in proprio loco referetur. Si tamen species privilegii nominaretur, etiamsi exemplar non existeret, imò nunquam exstitisset, valeret, quia jam constaret de intentione Legislatoris.

176. Secunda species fit eorum privilegiorum, quæ habentur per communicationem cum aliis, & maximè viget apud Religiosos; & non differunt reipsâ à privilegiis *ad instar,* quatenus uni Religioni conceditur, ut per communicationem gaudeat privilegiis alteri Religioni concessis. de quibus videri potest Suarez *c. 16. & 17.*

177. Tertia species fit Confirmatio, seu Innovatio, ac nova concessio privilegiorum jam antè concessorum. Dupliciter autem confirmantur, vel in forma communi, vel ex certa Scientia. Quando confirmantur tantùm in forma communi, hoc est non addendo clausulam: *ex certa scientia*, vel: *ex plenitudine potestatis:* vel referendo ipsum privilegium, illiúsque tenorem inserendo, tunc confirmatio non est illius efficaciæ, ut tribuat privilegium de novo, si priùs jam erat extinctum, adeoque tantùm significat approbationem, roborationem, & specialem protectionem, supposito quòd existat. Quando verò confirmatur ex certa scientia, hoc est, ponendo unam ex dictis clausulis, habet vim illud de novo conferendi, si aliquando verè collatum fuit, etiamsi postea fuerit amissum, nisi generali Concilio revocatum esset, tunc enim hujus revocationis mentio facienda esset.

CONTROVERSIA II.

Quænam conditiones ad Privilegium requirantur.

SUMMARIUM.

AD valorem Privilegii Scriptura solùm requiritur ut in Judicio possit probari. Exceptis quibusdam. 118.

Regulariter Privilegium non confertur ignoranti aut invito. Sufficit tamen acceptari antecedenter. 179.

Ad valorem privilegii non requiritur causa rationabilis. 180.

Quomodo non subditus possit gaudere privilegio. 181.

178. QUÆRITUR 1. An requiratur Scriptura. ℞. Regulariter ad substantiam & valorem non requiri, sed ad hoc solùm, ut in Judicio possit secundùm privilegium judicari. Dixi. *Regulariter.* Excipitur enim primò Collatio, Confirmatio, vel Unio à Sede Apostolica facta Beneficiorum, quorum possessio apprehendi non potest, nisi litteris expeditis, alioquin omnia sunt irrita, nec beneficiatus facit fructus suos, & privatur beneficiis intentis, habetúrque pro intruso & violento possessore. Excipitur 2. facultas non residendi in beneficiis curam animarum habentibus, quæ exigit Scripturam ab Ordinatio dandam. *Trident. sess. 23. c. 1. de Reform.* Excipitur 3. facultas ingrediendi intra septa Monasterii. *Trid. sess. 25. cap. 5. de Reform.* Excipitur 4. designatio Judicum à Romano Pontifice, quæ fit per Rescripta, de quibus infrà.

179. QUÆRITUR 2. an ad valorem privilegii necesse sit, illud innotuisse privilegiato. ℞. Tametsi possit privilegium concedi ignaro, imò invito, quia quandoque sic expedit fieri, ut jam suprà diximus, nihilominus regulariter non solet privilegium hoc modo conferri, saltèm directè; quia cùm sit quædam donatio & liberalitas, communiter expedit non acquiri nisi à conscio & consentiente. Sufficit autem acceptari antecedenter, v. g. petendo per nuntium aut procuratorem, tunc enim factâ concessione, etiamsi adhuc nescias esse concessum, jam habes privilegium; & hoc verum est, etiam quando privilegium est contra Ius, quidquid negaverit Suarez & Vasquez. Neque enim obstat, quòd in tali casu, si operaris conformiter privilegio ignorato, ob erroneam conscientiam peccares contra legem, hoc enim esset per accidens, & habentur plures instantiæ; una sufficiat. Si per procuratorem impetres dispensationem contrahendi cum Maria, & interim sub spe jam impetratæ dispensationis contrahis Matrimonium antequam intelligas factam dispensationem, peccas, & tamen Matrimonium tenet, si reverâ jam tunc erat Romæ dispensatum. Ratio autem desumenda est à paritate; sicut enim obligari quis potest lege, etiamsi per ignorantiam excusetur, ut suprà dictum, sic potest quis eximi à lege, & tamen per errorem adhuc à lege accusari, vel potiùs à conscientia.

180. QUÆRITUR 3. an ad valorem privilegii requiratur causa rationabilis concedendi illud. Ad licitam concessionem non est dubium requiri, alioquin præberetur ansa querelis, daretur scandalum ob personarum acceptionem, & legis utilitas infirmaretur, &c. Loquendo autem de Valore, ℞. Negativè, nisi aliunde colligi possit, supremum Legislatorem, à cujus authoritate privilegii concedendi potestas oritur, in Materia speciali aliter non consentire. Ratio responsionis est, quia Princeps in concedendis privilegiis, procedit sicut dominus disponendo de re sua, cujus etiam prodigalis

donario valet. Ratio autem exceptionis est, quia ex communi DD. sensu in concedendis Indulgentiis requiritur sufficientia causæ ad valorem illarum, eò quòd Christus Dominus non censeatur dedisse Vicario suo potestatem, dispensandi validè thesaurum suum sine causa, ob inconvenientia quæ sequi possent.

181. QUÆRITUR 4. An privilegiatus debeat esse subditus privilegiantis. ℞. 1. Ad recipiendum privilegium contra legem, à qua liberetur privilegiatus utique debet esse subditus, quia non subditus lege non obligatur. Nihilominus in aliquo sensu potest etiam non subditus hujusmodi privilegio frui, non quasi eximatur à lege qua priùs absolutè obligabatur, sed quatenus eximitur à lege, quâ alioquin non exemptus obligaretur, si in illo territorio versaretur, ubi usus privilegii est exercendus. Exemplum. Si Imperator prohibeat efferri ex Imperio certas merces, tunc si Rex Galliæ acciperet facultatem extrahendi tales merces, esset privilegium, & tamen ipse non est subditus Imperatoris absolutè, sed tantùm respectivè, hoc est, si in territorio Imperatoris versentur ejus Ministri, tenentur legibus territorii, & si contra agerent sine facultate, ratione delicti nancíscerentur forum in Imperio. ℞. 2. Loquendo de privilegio præter seu ultra Jus commune, illud potest etiam non subdito concedi, v.g. potest concedi Regi Galliæ, ut in Imperio militem conscribat.

CONTROVERSIA III.

Circa Vsum Privilegiorum.

SUMMARIUM.

Quandonam privilegiatus uti possit suo privilegio extra territorium privilegiantis. 182.
Casus quadruplex examinatur. 182. *& seqq.*
An quis possit uti privilegio adversus alium pariter privilegiatum. 186.
Nunquam possunt duo habentes privilegia opposita esse pariter privilegiati. 187.

182. QUÆRITUR 1. Quandonam privilegiatus uti possit suo privilegio extra territorium privilegiantis. Difficultas quæstionis est quadruplex. Prima, an liceat tibi uti privilegio concesso contra Jus commune à tuo Episcopo, si transeas per alium Episcopatum. ℞. Affirmativè: Ratio est; nam ex una parte prohibitio in alieno Episcopatu (ut supponimus) est eadem cum prohibitione in tuo Episcopatu, est enim à lege utrique communi: ex altera parte in lege communi non potest tuus Episcopus tecum dispensare nisi ex commissione facta à Sede Apostolica: ergo sicut dispensatus aut privilegiatus à Summo Pontifice posses uti privilegio in quacunque diæcesi, ità etiam dispensatione & privilegio tui Episcopi.

183. Secunda difficultas est, an possis uti privilegio, quod tibi concessit Episcopus tuus ad actum, qui quidem non sit contra Jus commune, sit tamen contra speciale statutum tam tuæ quàm alterius diæcesis: v.g. si in diæcesi Tridentina sit prohibitum legere certos libros, vel gestare certum genus armorum, & hæc ipsa sint etiam prohibita in diœcesi Mediolanensi; si tuus Episcopus tecum dispensavit, poteris ne uti hoc privilegio etiam in diœcesi Mediolanensi? P. Suarez *c. 26. n. 7.* cum aliis absolutè respondet Negativè. P. Castro Palao *p. 6. n. 4.* docet, resolutionem pendere ex ea quæstione, an peregrini teneantur legibus alieni territorii, & ideo arguit Suarezium inconsequentiæ, eò quòd alibi docuerit, Peregrinos non teneri loci alieni legibus. Verùm Suarez loquitur de tali statuto, quod se non solùm ad subditos, sed etiam ad peregrinos extendat, eò quòd specialiter interfit illius territorii, tale statutum etiam à peregrinis observari, qualibus statutis suprà docuimus etiam peregrinos obligari. Constat hæc Suarezii mens ex verbis illius: *Probatur*, inquit *supponendo, peregrinos, dum versantur in alieno territorio, teneri ad servandas proprias consuetudines & statuta illius territorii in quo sunt, quando sunt communia toti populo, vel personis omnibus ejusdem conditionis vel status.* Nullam proinde Suarez commisit inconsequentiam in hoc puncto. Nunc ad difficultatem Respondeo cum distinctione. Si statutum tale est, ut peregrini illo obligentur, tunc, etiamsi tecum dispensavit tuus Princeps, non potes uti privilegio in alieno territorio, vi hujus dispensationis, secùs poteris uti. & ità docent Suarez, Salas, Bonac. Palao, qui tamen addit (nescio an satis consequenter) ex benigna interpretatione voluntatis Superioris illius loci quà transis, posse te præsumere, quòd non obligeris ejus legibus à quibus in tuo territorio exemptus es, & pro hoc citat Suarez & Bonacinam, in quibus ego nihil hujusmodi reperio. Sed quidquid de hoc sit: Probatur nostra responsio: quia tuus Princeps aut Episcopus non habet potestatem eximendi te legibus alienis: ergo sicut illis legibus tenereris, si in tuo territorio privilegium non haberes, aut si domicilium ibi haberes, ità & in casu posito teneberis, nec juvaberis privilegio.

184. Tertia difficultas est. Si in tuo territorio habes privilegium ad actum, qui quidem non sit contra jus speciale ullius statuti, ad sui tamen valorem & licentiam opus habet authoritate & facultate Principis loci, an tali facultate tui Principis uti possis in alieno territorio: v.g. habes à tuo Episcopo licentiam prædicandi, celebrandi, docendi, potesne hæc exercere in aliena diœcesi, sine alterius licentia. ℞. Negativè, ob rationem eandem prioris resolutionis, si rectè applicetur. Quodsi tibi Episcopus tuus dedit licentiam ad actum aliquem sine restrictione

ad suam diœcesin, & ille actus in aliena diœcesi non sit prohibitus, nec indigeat speciali licentiâ Ordinarii, poteris etiam ibi uti privilegio tuo: v. g. conceditur tibi facultas eligendi confessarium quemcunque approbatum, tunc, si venias ad aliam diœcesin, potes uti tuo privilegio, nec teneris ibi confiteri parocho aut alteri privilegiato, uti tenereris, si privilegium non haberes, saltem ex communiore sententia, quamvis hocipsum neget Sanchez & Palao.

185. Quarta difficultas est, an possis uti tuo privilegio, quod tibi concessit v. g. Pontifex, ad actum, qui in aliquo loco specialiter prohibitus est, ob specialia damna, quæ tali loco imminent, etiam quando fieret à peregrinis. ℞. Negativè cum Suarez & Bonac. Ratio est, quia licèt Pontifex posset pro tali loco, utpote supremus Princeps etiam dispensare, si tamen non expressè deroget municipali statuto, præsumitur non voluisse derogare, & in generali concessione non veniunt, quæ quis in specie non fuisset verisimiliter concessurus.

186. QUÆRITUR 2. An uti possis privilegio adversus alium pariter privilegiatum v. g. Petrus habet privilegium exigendi decimas ab omnibus in suo territorio existentibus, tu existens in ejus territorio habes privilegium exemptionis à solvendis decimis. ℞. Attendendum esse quodnam privilegium sit generale, quodnam speciale; & tunc, qui habet generale, non potest uti contra alterum, sed bene econtra; itaque in casu posito Petrus non potest à te exigere decimas, tuúmque privilegium prævalet, juxta *Reg. 34. de R. I. Generi per speciem derogatur:* nisi privilegium generale haberet annexam clausulam derogatoriam privilegii specialis.

187. Quodsi utrumque privilegium sit æquè generale, vel æqualiter speciale, & opponantur, tunc videndum, quodnam sit antiquius, vel à fortiore & superiore Legislatore datum, illúdque prævalebit. Itaque impossibile est, duos habentes privilegia opposita, esse rigorosè pariter privilegiatos; Nam cùm semper unus vincat, hoc ipso est magìs privilegiatus; unde axioma illud: *Privilegiatus non gaudet privilegio contra pariter privilegiatum*, est intelligendum: contra fortiùs privilegiatum, ut etiam advertit Suarez *c. 23. n. 6.*

CONTROVERSIA IV.

Circa Privilegiorum Interpretationem & Extensionem.

SUMMARIUM.

INtentioni Legislatoris potiùs quàm verbis insistendum est, & interpretatio ità facienda, ut privilegium non sit inutile. 188.

Privilegium quod nec est contra jus commune, nec in præjudicium tertii, est amplissimè interpretandum. 189.

An si in præjudicium concedentis? eod.

Privilegium derogans juri communi, regulariter & per se loquendo est strictè interpretandum. 200.

Exceptiones. 201. *& seqq.*

Privilegium cedens in præjudicium tertii, ac derogans juri ipsius jam quæsito, est regulariter strictè interpretandum. 203.

Extensio Privilegii quomodo differat ab Interpretatione. 204.

Extensio vocabulorum ex triplici capite provenire potest. 205.

Non licet Privilegium extendere ad casus aut personas non expressas, quantacunque sit paritas rationis. 206.

Explicatur capitulum. Per venerabilem. Qui filii sint legitimi. 207.

188. CUm tota vis & efficacia privilegii pendeat ex intentione conferentis, hæc autem quandoque verbis obscurioribus exprimatur, opus est conjecturis ex circumstantiarum consideratione desumptis, ut intentionem investigemus, & hæc est legis interpretatio. Porrò, si de intentione constat, verba autem videntur aliud sonare, tunc intentioni inhærendum est, nec enim Intentio verbis, sed verba intentioni servire debent: *c. in his. de V. S.* Servanda est autem diligenter proprietas verborum, nam quandoque sunt verba æquivoca, significantia res diversas quidem, sed singula significatione propriâ, aliquando verò significant unam propriè, aliam impropriè, & tunc ad sensum improprium non debent detorqueri. Denique interpretatio semper ejusmodi esse debet, ut privilegium non reddatur inutile, sed aliquid ultra jus commune concedat: unde omnia illa censentur in privilegio concessa, quæ sunt media necessaria ad usum; v. g. dispensatus es in minore ætate ad recipiendum beneficium parochiale, hocipso dispensatus es in obligatione recipiendi Sacerdotium intra annum.

189. QUÆRITUR 1. Quænam privilegia sint amplè vel strictè interpretanda. ℞. 1. Privilegium, quod nec est contra Ius commune, nec cedit in præjudicium tertii quoad Ius illi jam quæsitum, est amplissimè interpretandum, quantùm verborum proprietas patitur. Ratio est, quia tale Privilegium continet merissimum favorem sine odio, & ideo latam admittit interpretationem. *L. Beneficium. ff. de Constit. Princip.* jam sup. adducta. *Reg. Jur. Odia restringi, favores convenit ampliari.* Quæ omnia approbantur Iure Pontificio *C. olim de verb. signif.* ubi dicitur, beneficia Principum esse interpretanda latissimè, & hoc verum est, etiam quando ampla interpretatio cedit in præjudicium concedentis privilegium: *C. quia circa. de Privileg.* ubi Innocentius

nocentius III. rescribit Archiepiscopo Londonensi, quòd remissio decimarum indefinitè facta ab ejus antecessore quibusdam Monachis, sit intelligenda non tantùm de decimis possessionum illius temporis, sed etiam postmodum acquirendarum. *Quia beneficiis plenissima est interpretatio adhibenda.* Aliam rationem addit glossa: *Ne excogitatâ fraude suæ obviet liberalitati.* Fallit tamen hæc responsionis ampliatio secundùm quosdam Canonistas in privilegiis ab Ecclesia Romana concessis, quia Ecclesia Romana non præsumitur voluisse in suum præjudicium quemquam privilegiare, ut Prosper Fagnanus cum glossa colligit ex cap. *cum instantia de Censibus.* quamvis non satis efficaciter. nam illud cap. loquitur simpliciter de privilegio, non de pura extensione seu ampla interpretatione privilegii certò concessi: quare tametsi non debeat præsumi privilegium contra Romanam Ecclesiam concessum nisi probetur, cum hoc tamen stare potest, etiam Ecclesiæ Romanæ beneficium certò concessum posse recipere interpretationem contra privilegiantem, ob generalem rationem, quam ipse Pontifex in cit. cap. *Quia circa.* assignavit: & ipse Pontifex in *cap. olim de V. S.* hoc de suis etiam privilegiis pronuntiat, esse largissimè interpretanda.

200. Resp. 2. Si privilegium derogat Juri communi, tunc regulariter & per se loquendo est strictè interpretandum. *Cap. quod delicto. de consang. & affin.* ubi Cœlestinus Papa privilegium Apost. Sed. Legati strictè interpretandum decernit, eò quòd adversaretur consuetudini loci. Ratio est, quia correctio Iuris est vitanda, cùm bonum commune, quod per legem quæritur, sit præferendum privato bono, per privilegium ordinariè quæsito. Hinc ex. gr. si dispensetur cum aliquo ad beneficia, est intelligendum de solis simplicibus. nisi alia mens colligatur vel ex supplicatione, vel ex fine, &c. Idem ex communi DD. dicendum est de privilegio derogante statuto vel consuetudini speciali, quia respectu privilegii est instar Iuris communis, & clarè colligitur ex cit. *cap. quod dilecto.* ibi. *Vnde in hac parte consultius duximus, multitudini & observatæ consuetudini deferendum.* Unde miror, quòd Prosper Fagnanus, secutus Antonium de Butrio, putet contrarium colligi posse ex cap. *Olim* de V. S. quasi ibi contra statutum speciale concessum esset beneficium, quòd textus non habet, ut legenti manifestum fiet.

201. Dixi. *Regulariter.* Excipitur enim primò, quando privilegium cedit in favorem Religionis aut causæ piæ; v, g. si contra Ius commune concederetur privilegium aliquod filiisfamilias circa sua peculia, cujus usus cederet in favorem Religionis, extendendum esset non solùm ad legitimè natos, sed etiam ad legitimatos, quia summum Jus est, quod pro Religione facit. Talia sunt privilegia Religiosorum, imò & militum, quorum causa, sicut & Studiosorum, est etiam pia, hoc est, speciali modo ad bonum commune Reipublicæ conducens. Et Ratio est, quia favor his personis concessus allicit plures ad hujusmodi arduas functiones, & sic compensatur vulneratio Juris communis, quæ fit per privilegii extensionem. Hujusmodi tamen extensio facienda non est in dispensatione illegitimi ad Ordines suscipiendos indefinitè; non licet enim extendere ultra Ordines minores, tum quia majores Ordines speciali consideratione opus habent, tum maximè, quia talis extensio, etsi videri posset, reverà non favet causæ piæ, sed potiùs illi obest, nam Ius commune excludens illegitimos ab Ordinibus, est introductum in favorem statûs Clericalis; & hoc exemplum adducere placuit, ut instar illius in aliis judicetur.

202. Excipitur 2. Privilegium quod vel est insertum corpori Iuris (sic enim evadit pars Iuris communis, adeóque desinit illi præjudicare) vel in Iure æquiparatur privilegiis Iuri insertis, cujusmodi sunt privilegia Religiosis in perpetuum concessa.

203. Excipitur 3. Privilegium proprio motu, vel ex certa scientia concessum, quia hæ clausulæ indicant singularem principis favorem, ac proinde latè interpretandum est.

Resp. ad quæsitum 3. Privilegium cedens in præjudicium tertii, ac derogans Iuri ipsius jam quæsito, est strictè interpretandum, regulariter loquendo. Citat pro hac responsione Fagnanus *cap. Relatum de Præbend. & c. Archidiaconum dist.* 85. Sed neutro loco invenio quod ad rem faciat. Magis ad rem citari potest *cap. Pastoral. de privileg.* ibi. *nisi fortè in indulgentia Summi Pontificis id contineatur expressum, &c. quia per indulgentiam hujusmodi Episcopali Juri non credimus derogari.* Ratio ergo responsionis est, quia, nisi Princeps exprimat, præsumitur nolle aliis præjudicare: unde omne privilegium ità interpretandum est & restringendum, ut quam minimè præjudicet Iuri alterius, ut de Sponsalibus tradit Sanchez *lib.* 8. *de Mat. d.* 2. *n.* 3. Dixi: *Regulariter.* Si enim privilegium alioquin nihil conferret beneficii, nisi latè etiam cum præjudicio tertii interpretetur, est latè interpretandum, ne privilegium inane evadat, & est textus clarus in *cap. in his.* 30. *de Privileg.* ubi improbat Pontifex interpretationem privilegii, per quam fieret, ut privilegium nihil speciale conferret.

204. QUÆRITUR 2. An, & quomodo fieri possit extensio privilegii ad casus vel personas non expressas, nec à privilegiante intentos. Pro responsione

Notandum est primò, extensionem differre ab interpretatione in hoc, quòd interpretatio fit de mente Legislatoris prout per verba ambigua significatur; nam quia verba quandóque strictiorem, quandóque latiorem significatio-

nem

nem admittunt, ideo interpretamur quandóque strictiùs, quandóque latiùs juxta regulas paulò antè traditas. Extensio verò privilegii tunc esset (prout in præsenti quæritur, an fieri possit) quando constaret quidem, intentionem Legislatoris non fuisse de alio casu aut personis, quàm per verba clarè expressis, sed tamen ad alios casus & personas extenderetur ob paritatem vel etiam majoritatem rationis, quæ movit privilegiantem, ut pro hoc casu & his personis privilegium indulgeret.

205. Notandum 2. Multa esse vocabula, quæ primâ facie videntur non nisi certis quibusdam personis vel causis convenire, & alias omnes excludere, reverâ tamen æquivalenter seu virtualiter etiam alias in privilegiis favorabilibus complectuntur, quod ex triplici capite provenire potest, ut advertit Suarez *lib.* 8. *c.* 10. *n.* 4. videlicet, vel ex vi vocis in significatione etiam latiore receptæ, & usitatæ, vel ex necessitate materiæ, eò quòd alioquin privilegium esset ferè inutile, aut minùs accommodatum moribus hominum, vel ex Iuris dispositione, cujus est privilegia extendere. Demus exempla singulorum. Primum. Nomine *Filiorum* veniunt etiam Filiæ frequenter in Iure; imò ex Iuris dispositione in privilegiis veniunt etiam nomine *Filiorum* Nepotes, quamvis alioquin non nisi immediati descendentes intelligantur, & in hoc velint Iuristæ differre nomen *Filiorum* à nomine *Liberorum*, quòd nomine *Liberorum* etiam Nepotes & Pronepotes intelligantur: eodem modo nomine *Fratrum* veniunt sorores, & nomine Religiosorum etiam Religiosæ, si significatum illis aptari possit. Secundum exemplum adferre possumus ex Prospero Fagnano in cap. *Ne pro dilatione. de pœnit. & Remiss. n.* 40. ubi resolvit, Cardinalem etiam non Episcopum, nec Legatum de latere, vigore capituli citati gaudere privilegio eligendi sibi Confessarium, quia Cardinales dignitate & officio sunt Superiores Episcopis: ergo veniunt etiam sub illis terminis Capituli: *& aliis Superioribus.* & illis: *Prælatis exemptis.* Tertium exemplum. Privilegia concessa Maritis censentur concessa uxoribus, si materia privilegii id exigat. Pariter, si alicui conceditur privilegium dicendi Missam tempore Interdicti, conceditur etiam Ministro, ut audiat; & si Nobili conceditur privilegium audiendi Missam, conceditur etiam illis, qui illum solent comitari. Quartum. Cui conceditur facultas comedendi lacticinia tempore jejunii, concessa censetur etiam facultas comedendi ova, quia species pro genere nominatur, hoc est, concessionis intentio est de ijs quæ à carne originantur, quæ est causa generalis prohibitionis. Quintum. Ob continentiam virtualem nomine Testamenti quandóque veniunt etiam Codicilli, & donatio causâ mortis; unde cui licet facere testamentum, licet etiam facere Codicillum, & donare causâ mortis: item nomine dispensationis votorum venit etiam commutatio.

De his & similibus dicendum, quòd non sint extensiones propriè dictæ privilegiorum, sed potiùs declarationes. In sensu ergo superiùs exposito,

206. Respondetur ad Quæsitum, non licere unquam extendere privilegium ad casus aut personas non expressas, quantacunque sit paritas rationis: Probatur primò ab absurdo. Si enim sub prætextu paritatis rationis liceret extendere privilegia ad casus non expressos, nihil fixum aut circumscriptum esset in privilegiis, sed summus abusus, quidquid enim uni concederetur, essent statim alij, qui dicerent, sibíque persuaderent, in sua caussa vel persona parem, imò majorem rationem esse: ergo & sibi privilegium servire. Probatur 2. Paritas rationis plus non evincit, quàm quòd alius sit æquè dignus privilegio, sicut alius pauper est æquè dignus eleemosynâ, neque tamen quia unus accipit, alter par jus acquirit: aliud enim est esse dignum privilegio, & aliud: illud habere: sicut ergo, qui primus accipit privilegium, priùsquam illud acciperet, jam dignus erat, nec tamen illud habebat, potuissétque illi denegari, ità potuit illi concedi, & non concedi aliis æquè dignis. Imò non rarò subest causa sufficiens ut uni concedatur privilegium, quæ non esset sufficiens ut concederetur pluribus, quandoque enim non expedit, nimis multos esse privilegiatos. Ratio denique à priori est, quia privilegia non valent ultra intentionem conferentis, à qua pendent. Si ergo intentio se non extendit de casu ad casum, & de persona ad personam, nec valor extendi potest.

207. Objicitur capitulum *Per venerabilem, Qui filii sint legit.* quod est longissimum. ubi videtur Pontifex ità discurrere, ut fateatur, quòd qui potest legitimare filios ad functiones spirituales, possit etiam ad temporales effectus v. g. ad successionem; hæc autem videtur esse mera extensio. & ideo hoc capitulum in ipso argumento seu summa capituli vocatur difficile, ut mirer, cur Fagnanus illud prætergerit. Quoad præsens punctum existimo carere difficultate, patíque plures responsiones; imò servire ad nostræ conclusionis confirmationẽ, si adjungantur verba illius rescripti, quæ per parenthesin capitulo subnectuntur. Itaque Respondetur primò, illum discursum non esse Pontificis, sed supplicantis, & in Rescripto solùm referri per modum caussæ dubitandi, ut patet legenti. ℞. 2. in illo discursu non dici, quòd legitimandi potestas ad spiritalia extendi possit ob paritatem rationis ad legitimandum quoad temporalia, sed potiùs quòd per interpretationem una ut minor sit inclusa in altera in qua eminenter continetur, sicut in privilegio dispensandi vota includitur potestas commutandi, & in cap. ex

parte de decimis privilegium concessum ad decimas capiendas ex laboribus terræ parochiarum dicitur comprehendere etiam novalia. ℞. 3. In parenthesi subjecta expressè Pontificem dicere, quòd cùm nobilis ille supplicans sit aliis sæcularibus quoad filiorum legitimationem subjectus, sine illorum injuria, nisi præstarent Pontifici assensum, in hoc legitimandi actu non posset se nobilis ille subdere Pontifici. Ex quibus verbis potiùs colligitur assertio, quàm quod intendit objectio.

CONTROVERSIA V.

Quibus modis privilegium amittatur.

SUMMARIUM.

Privi-

§. I.

Quomodo cesset deficiente causâ finali.

208. EX duplici genere motivorum concedi solent privilegia: aliqua enim motiva sunt jam posita completè, v. g. merita, doctrina, prudentia singularis &c. aliqua respiciunt finem seu effectum ponendum per usum privilegii; nam esto causa ipsa concedendi privilegium jam existat, eo modo quo existere potest & debet ad hoc ut privilegium concedi possit, respicit tamen finem aliquem nondum existentem, sed ponendum per usum privilegii; ut patebit ex afferendis exemplis. & de his est præcipua controversia.

209. Porrò causa finalis potest deficere, vel antequam conferatur privilegium aut dispensatio, vel postquam jam privilegium concessum, aut dispensatio facta est: & hoc iterum dupliciter contingere potest. primò, si cesset, antequam privilegium vel dispensatio usurpetur ad actum principalem, vel postquam ad actum principalem usurpatum est. His positis

210. Primò certum est, ad privilegii cessationem non sufficere cessationem solins causæ impulsivæ & non principalis ac finalis; sicut enim qui donat pauperi eleëmosynam, putans eum esse virum probum, valet donatio etiamsi non sit probus, quia probitas est tantùm causa impulsiva, cui donans non vult alligatam suam intentionem, sed soli causæ finali; quæ est sublevatio indigentiæ, ità etiam in concessione privilegii aut dispensationis contingere potest.

211. Secundò certum est, si privilegium nondum sit plenè concessum, & deficiat causa finalis, privilegii concessionem esse nullam, idem est in dispensatione, quæ in præsenti materia ferè per omnia cum privilegio convenit. v. g. si Romæ dispensatio jam est impetrata & expedita, sed committitur Confessario, vel Ordinario tuo, ut eam tibi præsenti concedat, & ut tecum Delegatus Pontificis dispenset, tunc (contradicente licet Mascardo) si tempore dispensationis à delegato faciendæ non ampliùs existat causa finalis, v. g. mortuus est filius legitimandus, vel jam est natus ex consanguinea, adeóq; non potest per subsequens matrimonium legitimari, in hoc inquam casu irrita est dispensatio, quia deest intentio concedentis, quæ semper habet annexam conditionem: Si urgeat causa dispensationi impetrandæ prætensa. Ex eodem fundamento non valeret privilegium (contradicente licèt Nicolao Garcia) si causa prætensa non subsisteret tempore concessionis primæ, hoc est Romæ factæ, etiamsi existeret tempore concessionis ultimæ. Quia subintelligitur conditio: *si preces veritate nitantur.*

212. Difficultas est, an cesset privilegium in casu quo post factam ultimã concessionem cessat causa concessionis: v. g. dispensaris ad contrahendum matrimonium, ut possit legitimari proles, sed moritur proles antequam tu celebras matrimonium, potesne adhuc uti concessâ dispensatione, & celebrare matrimonium? Dispensaris in voto castitatis, ob periculum incontinentiæ, ad ineundum matrimonium, cessante periculo potesne petere debitum: vel mortuâ vxore potesne ducere aliam? dispensaris ob paupertatem ad recipiendum beneficium, cessante paupertate, potesne retinere beneficium? & sic de aliis.

213. Prima sententia est Thomæ Sanchez *lib.*8. *de Matr. d.* 30. *n.* 14. qui cum pluribus docet, cessare privilegium, vel saltèm suspendi, ità ut dum causa cessat, nihil operetur, redeunte tamen causâ reviviscat quasi privilegium.

Secunda sententia negat vel distinguit, ut dicemus. Ità Suarez, Salas, & alii, quos sequitur Palao.

214. Notandum 1. Causam finalem aliquando cessare tantùm negativè, hoc est, non ampliùs existere, aliquando cessare quasi contrariè, ut loquitur Suarez, hoc est, ità cessare, ut ex cessatione reddatur actus aliunde illicitus, v. g. (& est exemplum Suarezii) habes privilegium decimandi ex bonis alicuius Ecclesiæ non adeo indigentis, ob speciale obsequium Ecclesiæ præstitum, tunc si illa Ecclesia depauperaretur, ut ejus Rector non haberet congruam sustentationem, esset tibi aliunde, ex jure naturali illicitum decimas sumere, & ideo pro tunc suspenderetur privilegium.

215. Notandum 2. Aliqua hujusmodi privilegia esse circa obligationem dividuam & successivam, & ex causa etiam successiva, ut patet in exemplo jejunii, recitationis horarum: aliqua verò esse circa obligationem individuam, & ex causa individua, sicut est dispensatio ad matrimonium ex causa suscipiendæ prolis ob hæreditariam successionem, vel ad prolem jam susceptam legitimandam: his positis

216. DICO 1. Quando circumstantiæ ità immutantur, ut usus privilegii fieret iniquus, privilegium pro illis circumstantiis manet suspensum:

suspensum: ità contingeret in exemplo paulò antè allato, de privilegiis decimandi. Ratio est, quia non potest humanâ potestate fieri licitum, quod aliâ superiore lege est illicitum.

217. DICO 2. Quando privilegium est de causa dividua & successiva, tunc quandóque cessante causâ finali pro aliquo tempore cessare videtur, vel certè suspendi privilegium ex intentione concedentis, quandóque tamen contrarium accidet. Tunc videtur suspendi, quando est in tali materia, ut causa dispensandi sit per accidens superveniens naturæ & conditioni humanæ, neque radicata in ipsa conditione hominum prout sese communiter habere solent, & quando semel posita causa non solet communiter esse stabilis, neque ex suspensione privilegii timendum est incommodum æquale fere illi, quod per privilegium vel dispensationem cavere volebat dispensans, aut dans privilegium. Econtra illud privilegium non præsumetur cessare, vel suspendi etiam cessante causâ finali, quando vel causa dispensandi est radicata in communi conditione hominum, & vel per se loquendo stabilis, vel ejus suspensio aut interruptio afferret incomodum non multò levius illo, quod per privilegium tollendum vel cavendum erat.

218. Explicatur utrumque membrum Conclusionis in exemplis communiter admissis. Dispensatio in jejunio & Breviario talem habet causam, quæ juxta communem hominum conditionem non est stabilis, nec est radicata in humana natura communiter spectata, communiùs enim solent homines esse bonæ valetudinis, & si quandoque malè valent, solent brevi convalescere: eodem modo se habent occupationes propter quas incommodum est recitare Breviarium: quare dispensationes in istis videntur ex intentione dispensantis cum ea restrictione concedi, ut cessante causâ dispensandi suspendatur privilegium, quia non videtur largiùs indulgeri, quàm sit necessarium ad finem, propter quem petitur.

219. Econtra dispensatio in Voto Castitatis ad ineundum matrimonium propter periculum incontinentiæ, item dispensatio in consequendo beneficio ad sublevandam paupertatem, non videntur fieri ità limitatè, ut cessante ad tempus causâ dispensandi, suspendatur usus privilegii, aut dispensationis, sed videntur illimitatè concedi. Ratio præsumptionis est, quia causa motiva vel radicatur in ipsa conditione & complexione naturæ, qualis est inclinatio vehemens ad copulam, vel quæ semel posita solet plerúmque esse stabilis ac difficilè mobilis, qualis est paupertas, & denique quia si hæc privilegia suspenderentur cessante causâ finali, nascerentur occasiones innumerorum scrupulorum & perplexitatum, & usus privilegii redderetur admodum difficilis: ergo expedit non suspendi.

220. Objiciuntur tamen contra hanc secundam partem Conclusionis varia Iuris axiomata, quæ dicunt, quòd quando res ad eum statum pervenit, quo non potuisset incipere, hoc ipso etiam desinat conservari, & destruatur, si destruibilis est. Primum ergo sumitur ex lege *Vranius 71. §. sed cum eo. ff. de Fidejussor. & Mandatorib. Quod pervenit ad statum, in quo incipere non posset, in eo remanere non potest.* ubi glossa ait: quod impedit faciendum, destruit quoque jam factum. Secundum sumitur, *ex l. 1. ff. de conditione sine causa, & ex l. nihil interest. ff. de nautico fœnore. Paria sunt, a principio non habuisse causam, vel illam esse desiisse.* unde sic subsumi potest: atqui si tempore concessionis privilegii non extitisset causa concessionis, privilegium non fuisset concessum, vel concessio non valuisset, aut certè illicita fuisset: ergo quando postea cessat illa causa finalis, cogitandum est, etiam, ex intentione concedentis privilegium cessare, quia ad eum statum pervenit, quo incipere non potuisset.

221. Respondeo cum Suarez, illa axiomata non posse tam largè, & universaliter sumi ut uerba sonant, alioquin pugnarent cum doctrina ab omnibus concessa, nempe dispensationem in voto castitatis non cessare cessante periculo incontinentiæ, privilegium non solvendi decimas ob paupertatem non cessare cessante paupertate. Procedunt ergo solùm in illis casibus, in quibus usus Privilegii aliunde redderetur illicitus, ut dictum Concl. 1. vel quando intentio concedentis ab initio fuit limitata, qualis fuit illa quæ refertur *in cap.: Abbati. de V. S.* in fine, ubi confirmatur privilegium Monasterii Sancti Bertini, ut ex eo ad aliud monasterium semper deberet Abbas assumi, his verbis: *ità videlicet, ut tamdiu Monasterium ipsum hac honoris debeat prærogativâ gaudere, donec ibidem viguerit observantia regularis, ut idoneæ personæ inveniantur in illo, qui possit in Abbatem assumi*: negamus autem, intentionem Principis semper esse ità limitatam, ut ostendimus, & nunc ulteriùs confirmamus tum ratione, tum exemplo. Ratio est, quia plus requiritur ad honestandam primam concessionem, quàm ad conservationem, unde fit, ut aliqui effectus licitè, imò necessariò conserventur, qui tamen illicitè sunt primò producti, juxta aliam Juris Regulam, quòd multa prohibeantur, quæ tamen facta tenent: tale est matrimonium initum ab habente votum castitatis, & non dispensato: ergo multò magis poterit honestari conservatio effectûs licitè positi & incepti, etiamsi tempore conservationis, ob mutatas circumstantias, non posset incipere. Confirmatur etiam exemplo. Qui dat Eleemosynam pauperi, ità comparatus est, ut illam non daret, si tunc non esset pauper, & tamen donatio non est limitata aut affixa paupertatis durationi, sed subsisteret, etiamsi accipiens fieret dives. Atqui privilegia sunt etiam quædam donatio: ergo idem fieri poterit.

222. Venia-

222. Veniamus nunc ad illa privilegia, quorum usus non habet tractum successivum, & quæ primo statim usu explentur, nec nisi ad unum actum se extendunt, uti est dispensatio ad ineundum Matrimonium propter legitimandam prolem; & de his dubitatur, an subsistant, si causa finalis cesset priusquam privilegium concessum deducatur in actum. Negat Sanchez, sed communior sententia affirmat.

223. P. Castro Palao probat hanc sententiam, quia ex opposita sequitur, omnes dispensationes fieri conditionatas, & pendentes ab eventu futuro. Verùm, hoc non sequitur; multæ enim dispensationes fiunt propter causam defacto adæquatè existentem, & propter merita præterita, item si dispensetur cum Rege ad ducendam consanguineam, quia nulla alia æqualis illi existit.

Probat deinde idem author ex eo, quia per privilegium jam est acquisitum jus, quod non revocatur ex desitione causæ finalis. Verùm hæc est petitio principii, hoc enim est quod quæritur, an acquisitum sit jus absolutum, vel tantùm conditionatum.

224. Meliùs videtur probari posse hoc modo. Causa præsens est sufficiens, ut privilegium vel dispensatio concedatur absolutè & illimitatè, independenter à non exspectato eventu quo cesset causa finalis ante usum privilegii. ergo si defacto talis limitatio intentionis non exprimitur, non est præsumenda. Consequentia patet: quia verba absoluta nunquam debent in sensum conditionatum detorqueri, si possunt in sensu absoluto accipi, hoc enim esset à verborum proprietate recedere. Antecedens probatur per instantias. & primò quidem hoc patet in illis privilegiis, quæ se ad plures actus extendunt, & valent adhuc respectu ulterioris actûs, etiamsi tunc cessaverit causa finalis, ut constat in exemplis suprà allatis, non enim apparet ratio, cur possit extendi privilegium ad posteriores actus, dum non ampliùs existit causa finalis, præcisè propterea, quòd exstiterit causa finalis, cùm fieret primus actus: nam quòd primus actus præcesserit, nihil facit ad hoc, ut possit secundus actus fieri sine causa finali: ergo si potest fieri sine causa finali, hoc ideo erit, quia sufficit illam exstitisse tunc, quando concedebatur privilegium: Secundò, hoc clariùs apparet in donatione eleemosynæ; si enim dem pauperi eleemosynam, valeret donatio, etiamsi ante omnem usum illius eleemosynæ repente ditissimus evaderet: ergo etiam valebit privilegium, quod est donatio quædam, si causa subsistat tempore concessionis, etiamsi postea cesset ante omnem usum privilegii. Finge, filium legitimandum mori paululum ante contractum Matrimonii, insciis parentibus, quis dicat, tale Matrimonium tanquam nullum ab Ecclesia esse declarandum irritum, & contrahentes esse separandos?

225. Objicies. Cessante causâ finali legis cessat lex: ergo etiam cessante causâ finali privilegii cessabit privilegium. Nego paritatem. Cessante causâ finali legis lex redditur inutilis, & ideo debet cessare; atqui cessante causâ finali adhuc durat utilitas privilegii.

§. II.

Quomodo exspiret privilegium morte concedentis.

226. EST REGULA sine exceptione (ut ait Suarez) Privilegium semel ritè comparatum, & non restrictum ab ipso concedente ad tempus vitæ, non exspirare morte concedentis. Habetur cap. *si super gratia de officio delegati in 6. Si super gratia cuiquam ab Aposto. sede facta executores fuerint deputati: æquum esse censemus, ut sicut ipsa gratia (licèt nondum sit in ejus executione processum) morte non perimitur concedentis, sic nec etiam re integrâ perimatur executoribus data potestas.* Quare immeritò Regulam limitat Felinus, ut non procedat, si res adhuc integra sit, hoc est, si privilegiarius necdum usus sit privilegio. Nam hæc integritas non est illa, quæ consideratur in usu potestatis delegatæ per rescripta Justitiæ, quæ potestas dicitur exspirare morte delegantis, si res adhuc sit integra, hoc est si delegatus necdum partes citavit. de hac integritate loquitur *cap. licet undique de off deleg. c. gratum c. relatum. eod. tit.* ibi. *Quodsi lis fuerit ante Prædecessoris nostri obitum contestata, mandatum morte mandatoris nullatenus expiravit. Si verò ante litis contestationem decessit, non est à Judicibus quos delegaverit, ex delegatione hujusmodi procedendum.*

227. DUBITATUR primò, quandonam censeatur privilegium ritè comparatum. Pro quo Advertendum est primò, Gratiam aliquando dici *Factam*, aliquando *Faciendam*, quæ est tantùm gratia inchoata, necdum plenè comparata.

Advertendum 2. Gratiam aliquando respicere solum illum, cui facultas aliqua conceditur, aliquando verò facultatem hujusmodi concedi in favorem tertii, erga quem illa facultas exercenda est, v.g. facultas absolvendi, dispensandi &c. de prioribus non procedit præsens dubium, nec habent specialem difficultatem, sed de posterioribus.

228. Advertendum 3. hujusmodi facultates aliquando concedi ad usum aliquem indefinitum, sive respectu personarum, sive respectu rei præstandæ, verbi gratiâ, si alicui detur potestas audiendi confessiones, vel dispensandi in votis cum quocunque id postulante; vel si delegetur potestas providendi Petro de Beneficio aliquo quocunque. Aliquando autem committitur hujusmodi potestas seu facultas determinatè in favorem personæ certæ & de-

signatæ, & circa rem determinatam, ut facultas providendi Petro de Præbenda A. Et hoc iterum potest dupliciter fieri. vel ità, ut Delegato sit liberum providere vel non providere, vel ità, ut eligatur tanquam instrumentum necessarium, & obligatum ad conferendam alteri gratiam commissam. His observatis

229. Ad Dubium 2. Tunc beneficium seu privilegium dicitur ritè comparatum, ità ut morte concedentis non exspiret, quando gratia secundùm Juris dispositionem jam est & censetur *facta:* non autem, quando Gratia ex Juris constitutione non est facta sed facienda. Ratio est clara, quia per privilegium ritè comparatum aliud non intelligimus, quàm gratiam jam factam saltèm respectu alicujus, etiamsi detur in favorem tertii qui adhuc inde gratiam consequi potest. Solùm restat explicandum, quandonam censeatur in Jure Gratia facta, & quandonam Gratia facienda.

230. DICENDUM est primò. Si favor totus quantus consistit in prima concessione, & non in aliqua delegatione, jam est Gratia facta, saltem positâ acceptatione, quæ an requiratur, infrà videbimus, & negabimus requiri.

231. DICENDUM est 2. Si facultas delegatur indefinitè respectu personarum, tunc gratia jam est facta, & ideo non exspirat, etiamsi ante omnem ejus usum delegans moriatur. Ità colligunt DD. ex *cap. si cui 36. de Præbend. in 6. Si cui (nullâ personarum factâ expressione) sit gratiosè concessa facultas, ut authoritate Ap. possit aliquibus personis idoneis in certa Ecclesia providere, vel beneficia, quorum collatio est ad Sedem Ap. devoluta, conferre, contradictores eâdem auctoritate per censuram Ecclesiasticam compescendo, hujusmodi concessio (quam cùm specialem gratiam contineat, decet esse mansuram) non exspirat, etiam re integrâ per obitum concedentis. Secus si super provisione certæ personæ facienda sit data potestas eidem, non ob suam, sed ejus cui provideri mandatur, gratiam vel favorem: illa quidem exspirat omnino, si concedens re integrâ moriatur.* & ratio est, quia cùm non nominentur ullæ personæ quas potestas delegata respicit, sed delegato liberum relinquatur exercere gratiam erga quem voluerit, tota gratia primaria fit delegato.

232. DICENDUM 3. Si delegetur facultas non in favorem delegati, sed præcisè ut favor exerceatur erga personam determinatam, ità tamen ut liberè eam exercere possit, censetur gratia facienda, & non facta, ante usum illius facultatis, & ideo re adhuc integrâ exspirat morte delegantis. habetur in fine ejusdem cap. & hactenus conveniunt DD.

232. Sed controversum est, quando delegatio imponit necessitatem, & est circa personam determinatam præcisè in ejus favorem, ipsa tamen formâ Rescripti directè fertur ad delegatum, an sit gratia facta. Affirmant Sanchez, Palao & Garcia, & est opinio tuta.

DICO tamen 4. cum Suarez, probabilius, & regulariter tantùm esse gratiam faciendam, adeoq; re adhuc intregrâ exspirare. Probatur, si esset aliqua ratio cur esset gratia facta, maximè, quia delegatio est conjuncta cum necessitate & obligatione v. g. dispensandi, providendi &c. sed hinc nihil, imò oppositum probatur; quia necessitas quæ Delegato imponitur, transit in Mandatum: atqui Mandatum, re adhuc integrâ, exspirat morte mandantis: ergo & illa facultas.

Respondet Castro Palao, Mandatum tunc exspirare, si gratia fiat ei cui datur & imponitur mandatum, secùs si mandatum detur in favorem alterius. Hæc tamen Responsio nullo modo placet, & seipsam destruit. Nam si Mandatum conjunctum est cum gratia facta ipsi Mandatario, hocipsò gratia jam est facta ante mortem mandantis: ergo morte mandantis non exspirabit in vi gratiæ, esto exspiret in vi mandati. ergò morte mandantis desinet quidem obligatio, sed non desinet potestas liberè faciendi. Sanè potior esset ratio dicendi, mandatum non exspirare, quando continet favorem mandatarii, quàm quando est præcisè in favorem tertii; quia majorem habet speciem & apparentiam gratiæ jam factæ. Præterea in citato cap. *Si cui*, videtur clarè nostra conclusio contineri, dicitur enim, quòd quando alicui mandatur provisio certæ personæ facienda, non ob suam, sed ejus cui provideri *mandatur* gratiam vel favorem, illa exspiret omnino, si concedens re integrâ moriatur. Et ità hoc cap. etiam intelligit Joannes Baptista Vivianus in suo Rationali.

234. Respondent tamen adversarii, ibi sermonem esse, quando provisio est quidem determinata quoad personam, sed indeterminata quoad beneficium providendum. Posset hujus responsionis ratio dari, quia quando beneficium jam est determinatum, nulla restat determinatio facienda à mandatario. Ergo tunc jam tota gratia est facta. Verùm, non est huic responsioni multùm tribuendum. quia hæc distinctio in lege non habetur, ubi autem lex non distinguit, sed indefinitè loquitur, nec nos distinguere debemus. Præterea satis mihi est, quòd Mandatum non operetur, ut gratia sit potiùs facta quàm facienda. ut patet in citato cap. *Si cui*: ergo necessitas providendi non arguit gratiam factam. Denique tunc solùm indeterminatio arguit gratiam factam, quando in favorem ipsius Delegati est posita, & illi determinatio tanquam beneficium relicta. atqui in casu de quo disputamus, contrarium supponitur, quia Persona supponitur in Rescripto determinata, & mandatum supponitur factum in favorem illius.

235. Denique alii cum P. Sanchez respondent, illam Decretalem non loqui de *Mandato* providendi, sed de simplici facultate, & hoc colligunt

colligunt ex eo, quòd ibi poſita ſit vox: *Poteſtas*, quæ ſignificat Libertatem. Verùm hoc eſt effugium frivolum, & infert vim textui, ut etiam advertit Garcia, nam in textu diſertè dicitur: *Mandatur*. Quòd autem poſſit *Poteſtas* ſtare cum Mandato, colligitur ex *cap. ſi ſuper gratia jam antè relato, de Off. & Pot. Jud. deleg. in 6.* ubi etiam ponitur vox *Poteſtas*. & tamen ſubeſt mandatum, quia eſt ibi gratia facta.

236. DICO 5. Quando reſcriptum directè alloquitur privilegiandum, concedendo illi facultatem aliquam, jam eſt gratia facta, etiamſi uſus illius facultatis requirat cooperationem alterius tanquam delegati. Hujuſmodi gratiæ ſunt: Licentia eligendi Confeſſarium, vel confitendi alicui determinatò Sacerdoti: item litteræ dimiſſoriæ ad ſuſcipiendos Ordines à quocunque, vel à determinato Epiſcopo. Probatur ex Regula generali, quòd acceſſorium ſequitur principale: atqui in tali caſu delegatus eſt merum acceſſorium reſpectu alterius: ergo reſpectu delegati tanquam executoris jam etiam eſt firmata gratia alteri facta. Videtur hæc Concluſio expreſſa in cit. cap. *Si ſuper gratia. de Offic. & Poteſt. Jud. del. in 6.*

237. Dixi ſuprà concluſione 4. *Regulariter.* Excipit enim Suarez conceſſam poteſtatem abſolvendi, quæ ſive dirigatur ad Confeſſarium, ſive ad pœnitentem, ſemper videtur gratia jam facta, quia Iudicium pœnitentiæ, magìs eſt gratiæ, quàm Iuſtitiæ. Imò Sanchez *loc. cit. diſp.* 8. *n.* 80. exiſtimat eſſe ſatis probabile, quamlibet facultatem datam alicui ad effectum cauſandum in alio, eſſe gratiam factam illi cui data eſt talis facultas, etiamſi ex ſpeciali intentione ad alium referatur, ac proinde non perire morte concedentis, niſi in duobus caſibus, ex conſtitutione Iuris: primus eſt in materia ambitioſa, qualis eſt beneficiorum ex cap. *Si cui nulla. & cap. ſi ſuper.* Jam ſup. cit. Secundus in materia fori contentioſi, quo etiam reducuntur contractus & negotia humana, quæ doctrina valde placet Suarez *n.* 14. & 15. eam tamen non audet aſſerere, quia eſt contra communem, & authoritate (tunc temporis) deſtituta. Unde etiam Palao fatetur, communem ſententiam à nobis aſſertam, eſſe in praxi conſulendam.

238. DUBITATUR 2. Utrum requiratur acceptatio illius cui favor offertur, ad hoc ut morte concedentis non exſpiret. ℞. Requiri quidem acceptationem, ut gratia ſit firma, nec ad libitum & ſine cauſa revocabilis, non tamen ad hoc ut gratia dicatur facta: quare etiam poſt mortem concedentis acceptari poteſt, ut habet communis ſententia, diſſentiente Bonacinâ.



§. III.

De amiſſione Privilegii per Renuntiationem expreſſam.

239. NOtandum 1. Renuntiationem aliam eſſe impropriam, aliam propriam. Impropria eſt ipſe non uſus privilegii conſiſtens cum ipſo privilegio; poteſt enim quis habere privilegium v. g. non jejunandi, & tamen jejunare, & tunc inſenſu improprio dicitur quis pro illo actu renuntiare privilegio. Pari modo non eſt propria renuntiatio privilegii, quando quis habet voluntatem nunquam utendi privilegio, imò quando ſe alteri obligat ad non utendum illo: ſic Minorennis vel Monaſterium non poteſt renuntiare privilegio Minoribus vel Religioni conceſſo, v. g. beneficio reſtitutionis in integrum, poteſt tamen ſe obligare ad non utendum illo.

Propria renuntiatio eſt, quando quis verè propriâ voluntate privatur privilegio, ità ut lege communi teneatur ſicut alii. Hæc renuntiatio dividitur in renuntiationem expreſſam & tacitam. De priore hoc §. agetur.

240. Notandum 2. Sermonem hîc non eſſe de diſpenſationibus, quæ ſemel acceptatæ jam obtinuêre ſuum effectum; v. g. ſi tecum in voto, vel conſanguinitate diſpenſatum eſt, & tu acceptâſti, non potes ampliùs renuntiare, ità ut redeat votum, vel conſanguinitatis impedimentum, quod jam ablatum eſt, quamvis poſſes edere novum votum, vel poſſet Pontifex reſtituere impedimentum conſanguinitatis ante contractum matrimonium, ut dicetur de revocatione privilegii.

241. Notandum 3. Neminem poſſe renuntiare privilegio communitati conceſſo cujus ille eſt pars, neque etiam conceſſo in favorem alterius, ut privilegium conceſſum uxori in favorem mariti, conceſſum patri in favorem filii, vel econtra. Ratio eſt, quia talè renuntiationem conjunctam cum alterius præjudicio, non acceptat Magiſtratus, aut Conceſſor privilegii, exceptis quibuſdam caſibus in Iure contentis: ſic poteſt Mulier renuntiare S. C. Velleiano, ſi velit eſſe filiorum tutrix, in caſu quo Iura illi tutelam concedunt; & talis renuntiatio quandóque firmitatem accipit à Iuramento cum ſcientia quòd alioquin renuntiatio non valeret, vel ab authoritate Magiſtratûs, coram quo debet fieri renuntiatio, nam in his caſibus non eſt locus præſumptioni fallaciarum, inconſiderantiæ ac levitatis, quibus ut obviaretur, illud privilegium inſtitutum eſt.

242. Notandum 4. Ad renuntiationem requiri voluntatem non coactam metu injuſto. Nam metum juſtum non obſiſtere, ſicut nec valori matrimonii obſtat, quotidinâ patet experientiâ, quâ videmus, multos compelli ad reſignandas

signandas etiam dignitates & prælaturas ex metu, ne alioquin cum dedecore deponantur. Renuntiatio expressa privilegiorum, rariùs ex metu fiet, quia plerumque sufficit inferenti metum, si quis privilegio non utatur, nec facilè apparet, quomodo metus possit esse justus, sicut potest esse ad renuntiandum beneficio.

243. Dubium est, an possit quis renuntiare privilegio efficaciter solâ voluntate internâ, statuendo apud se, nolle se deinceps gaudere tali privilegio: vel utrum necesse sit hanc voluntatem exteriùs manifestari, & renuntiationem acceptari ab eo, à quo conservatio privilegii alioquin pendet, nempe à Superiore, qui privilegium revocare posset.

244. DICO 1. Non repugnat talem internam renuntiationem esse sufficientem. Probatur. Potest enim concedens privilegium, antecedenter acceptare talem renuntiationem, & privilegiumità conditionatè concedere, ut nolit concessionis voluntatem habitualiter perseverare pro casu, quo alter habeat voluntatem non retinendi privilegium, & talis acceptatio videtur in aliquibus Iuribus contineri, ut notat Suarez *cap. 33. n. 21. in fine.*

245. DICO 2. Privilegiis absolutè concessis, & acceptatis, non potest solâ internâ voluntate renuntiari. Sed debet manifestari & acceptari ab eo ad quem acceptatio pertinet. Ità Sanchez, Suarez, Salas, Bonacina, Basilius, Palao. Probatur. Tamdiu non est consummata irrevocabiliter renuntiatio & efficax abdicatio privilegii, quamdiu est in potestate privilegiatij privilegio adhuc validè & licitè uti: atquè positâ quacunque voluntate internâ, non positâ acceptatione, non impeditur ejusmodi usus: ergo, &c. Minor probatur. Tamdiu est in potestate privilegiati usus legitimus privilegii, quamdiu potest privilegium sibi continenter oblatum per ipsum usum acceptare: atqui quamdiu renuntiatio non est acceptata, offertur continenter privilegium, & acceptatio semel facta potest per quemcunque usum continuari & perseverare: ergo, &c. Minor iterum probatur. Quia voluntas concedentis privilegium absolutè & sine restrictione ad aliquam conditionem extraneam semper censetur perseverare, quamdiu illam non revocat: ergo necessaria est revocatio. Ergo si non revocat sponte, debet saltèm revocare acceptando renuntiationem.

246. Declaratur exemplo mandati: quando enim alicui datur mandatum, & ille non statim acceptat, imò à principio recusat, adhuc tamen in ejus potestate est, mutatâ voluntate acceptare, quamdiu mandatum non revocatur *cap. licet: de Procuratoribus in 6. Licèt is qui procurator constituitur ab absente, dixerit, præsentatum sibi suscipere nolle mandatum, hoc tamen nequaquam obstante, quamdiu constituens in eadem perstiterit voluntate, ipsum acceptare poterit, quandocunque placebit.* Ergo sicut quis per primam recusationem privilegii non potest se reddere incapacem acceptationis, præcisè quia in concedente perseverat voluntas offerens, sic privilegio semel acceptato, potest adhuc & de facto solet concedens suam voluntatem continuare, & constituere in potestate privilegiati, primam acceptationem continuandi; & sic non est in potestate privilegiati abjicere efficaciter privilegium, quia non est in illius potestate facere, ut non præcesserit acceptatio, & ut privilegium sibi non offeratur.

§. IV.

De Renuntiatione tacita per non usum, actum contrarium, vel abusum.

247. Renuntiatio tacita maximè consistit in signis & indiciis externis, quæ non apertè, sed per conjecturam ostendunt voluntatem carendi privilegio, quæ maximè desumuntur per ordinem ad usum vel abusum privilegii.

Primus modus tacitæ renuntiationis est non usus privilegii affirmativi: certum autem est non amitti privilegium non utendo, quia non datur occasio utendi, talis enim non usus non potest esse signum voluntatis internæ non habendi privilegium, sicut non amittitur servitus aquæ ducendæ per non usum, si ideo non duxi, quia fons exaruit, *L. 35. ff. de Servitut. præd. rustic.* idem est, si *non usus* proveniat ex pacto, tunc enim vi obligationis impeditus est usus, quia in Iure paria sunt, non posse, & non licitè posse.

248. DICO 1. Privilegia absolutè & illimitatè seu sine conditione usûs concessa, neque in aliorum gravamen cedentia, non perduntur solo non usu, quantumvis diuturno. Ità communis sententia. Imò etiamsi in præjudicium tertii cedant, nisi in Iure sint ad usum restricta: Ità Suarez, & ità intelligenda est *Lex 1. ff. de nundinis,* quamvis etiam de præscriptione intelligi possit. *Nundinis impetratis à principe non utendo qui meruit, decennij tempore usum amittit.* Probatur Conclusio. Si enim perderentur, vel hoc fieret ex natura rei, vel ex Iuris dispositione, neutrum dici potest. Non primum. Nam non *Usus* non est signum infallibile voluntatis repudiantis privilegium, cùm possint aliæ esse causæ non utendi: & etiam si tale signum esset, adhuc deesset acceptatio hujus renuntiationis: quodsi poneremus adesse etiam acceptationem fundatam in præsumpta voluntate spoliandi se privilegio, si tamen à parte rei non subesset talis voluntas, non amitteretur privilegium in foro conscientiæ, esto in foro externo haberetur pro amisso. Neque secundum dici potest: quia nulla talis lex exstat: Nam quomodo intelligenda sit lex. 1. ff. de nundinis, jam dictum est.

249. DICO

249. DICO 2. Privilegia, quibus alii gravantur., præſcriptione partis gravatæ amitti poſſunt, ſi adſint conditiones ad præſcribendum requiſitæ. Conſtabit ex dicendis de præſcriptione, præſertim ſervitutum: Unde ſi per tempus legitimum non exigas decimas fundatas in privilegio exigendi, debitor poſſidet libertatem non ſolvendi, eámque præſcribit: ſed de hoc in tract. de præſcript.

250. QUÆRITUR tamen hîc, an huiusmodi præſcriptio currat etiam contra privilegium munitum hâc clauſulâ: *ut utaris illo pro tuo libitu.* Affirmat, Suarez, Molina, Salas & alii. Ratio eorum eſt, quia clauſula illa in omni privilegio inconditionatè conceſſo ſubintelligitur.

Sed probabiliùs Palao cum aliis negat. Nam illa clauſula debet aliquid operari ſpeciale ſi poteſt: atqui poteſt operari impeditionem præſcriptionis, ſeu poſſeſſionis incipiendæ contra privilegium: Nam in ſenſu proprio hoc ſignificat: *ut habeas poteſtatem utendi vel non utendi ſine præjudicio tuo.*

Hinc colliges, axioma commune: Privilegia amitti non uſu, ſpectando verborum corticem, non eſſe verum, nam originaliter ſolùm, non formaliter amittuntur *non Uſu.* ut jam oſtenſum eſt.

251. Secundus modus tacitæ Renuntiationis eſt *Actus contrarius.* & hoc habet ſolummodo locum in negativis privilegiis, quibus ab aliquo onere ſubeundo liberaris, ut privilegium non ſolvendi decimas, tributa, &c. Quibus adverſatur ſolutio decimarum, &c.

REGULA communis eſt, amitti privilegia per actum contrarium, ſi cæteræ circumſtantiæ & conditiones requiſitæ adſint, v.g. libertas, notitia requiſita, legitima frequentia actuum, vel tempus &c. Circa hoc

252. DICENDUM primò. Privilegia abſolutè conceſſa, & quæ neminem gravant, contrario actu non amittuntur. Patet ex dictis: neque enim contra hujusmodi privilegia locus eſt præſcriptioni, neque actus contrarii ſunt ſufficiens ſignum animi renuntiantis, cùm ex aliis finibus fieri poſſint & ſoleant, & denique non conſtet de acceptatione talis renuntiationis.

253. DICENDUM 2. Contra privilegia alios gravantia, poteſt legitimè præſcribi per actus contrarios à privilegiato factos, ſi requiſita ad præſcriptionem obſerventur. Ità colligunt DD. ex *l. 2. ff. de privileg. veteranor*: & clariùs ex *cap. 6. de privil. Si de terra quam habetis in parœcia Canonicorum de Pl. per 30. annos eis decimas perſolviſtis, eas ſibi de cætero integras perſolvatis. Licèt enim privilegium Rom. Eccl. beneficio FF. Ciſtertienſ. Ord. indultum fuerit, quòd de laboribus ſuis nullas decimas perſolvere debeant: de privilegio tamen indulto tanto tempore vobis detrahere voluiſtis, cùm liberum ſit unicuique ſuo jure renuntiare, eoque modo non poteſtis vos in hac parte tueri.* Idem habetur: c. 15. eodem. ibi. *Cùm enim tanto tempore contra indulta privilegia decimas ſolverint, eis renuntiaſſe tacitè præſumuntur.* Quæ verò objiciuntur, vel loquuntur de privilegiis non habentibus tractum ſucceſſivum, vel in ſenſu ſequentis Concluſionis.

254. DICENDUM 3. Actu contrario amitti poteſt privilegium ex parte & ſecundùm quid, hoc eſt quoad valorem illius actûs contrarii; non obſtante enim privilegio valet actus, niſi aliunde à lege invalidetur, v.g. habes privilegium non ſolvendi decimas, ſponte tamen, conſcius privilegii ſolvis decimas, valet diſpoſitio, & transfertur dominium: quamvis non tenearis, propterea deinceps ſolvere. Et in hoc ſenſu dicitur quis renuntiare privilegio actu contrario.

255. DICENDUM 4. Ad Præſcriptionem legitimè faciendam contra privilegium per actus contrarios, poteſt etiam unus actus ſufficere non retractatus. Ità Suarez & Palao. Probatur. Nam poſito actu contrario incipit altera pars quæ gravatur privilegii uſu, poſſeſſionem contra privilegiatum, ſicut in Servitutibus prædiorum Urbanorum Jura ſtatuerunt, eámque continuat tempore legitimo, ac denique præſcribit, etiamſi interea nullus alius actus ſimilis, hoc eſt privilegio contrarius factus ſit, etiam defectu occaſionis.

256. Dixi: non debere actum eſſe retractatum ante lapſum temporis legitimi; nam ſi privilegiatus interea reclamet, actumque retractet quantùm poteſt, v. g. proteſtando contra præſcriptionem, vel, quòd velit proximâ occaſione uti ſuo privilegio; jam interrumpitur alterius poſſeſſio, & impeditur præſcriptio, quia jam non poſſidet ampliùs bonâ fide, eò quòd non poſſit ampliùs præſumere animum renuntiandi privilegio. Quandonam autem proteſtatio non proſit, docet gloſſa in cap. 9. v. *ſine præjudicio.*

257. Tertius modus tacitæ renuntiationis eſt abuſus, qui propriè ſumendo, ſemper fit per exceſſum in uſu privilegii ſecundùm aliquam circumſtantiam, v.g. utendo tempore & loco inconveniente: erga perſonas, ad quas ſe non extendit. Poteſt autem abuſus contingere tripliciter. Primus modus eſt jam recenſitus, & vocatur *abuſus formalis.* Secundus vocatur: *occaſionalis*, ſeu occaſionatus à privilegio, nempe quando Privilegium eſt occaſio peccandi liberiùs in aliis materiis, v.g. ſi fretus privilegio exemptionis, aut impunitatis, audet quis perpetrare quæ alioquin non auderet. Tertius eſt, quando quis tollit fundamentum privilegii, hoc eſt, utitur privilegio, ſed ſimul directè operatur contra præſcriptum finem privilegii, ut ſi cui detur privilegium abſentiæ à beneficio, ut ſtudiis det operam, is verò abſit quidem, ſed ſtudiis non det operam: & quia hujusmodi privilegium

gium datur ad hoc, ut etiam absens lucretur fructus, si tamen conditionem, sub qua datur, nempe studii, non adimpleat, non faciet fructus suos, nec potest illos bonâ conscientiâ tenere: si tamen res sit dubia, exspectanda est judicis sententia. Hinc

258. Exstat Regula vulgata *C. Privilegium 11. q. 3. & c. ubi: dist. 74. Privilegium meretur amittere, qui concessâ sibi abutitur potestate.* Quæ Regula sic intelligenda est, ut privilegium totaliter seu radicitùs & in perpetuum non amittatur ipso facto seu ipso abusu vi positæ Regulæ, sed privilegiatus veniat à superiore privandus. Dixi: *vi positæ Regulæ*: Nam si in concessione privilegii statutum esset, ut ipso abusu amitteretur, tunc utique ipso facto amitteretur, non tamen ante sententiam declaratoriam abusûs, juxta dicta de lege pœnali.

§. V.

De amissione Privilegii per Revocationem.

259. DICO 1. Privilegium merè gratuitum seu gratis datum, cum translatione alicujus Iuris, non potest validè revocari sine causa, sive datum sit subdito, sive non subdito. Ratio est. Quia homo non habet in hominem potestatem privandi eum jure suo sine causa. Ex causa tamen revocari potest, nempe concessum non subdito revocari potest, si usus privilegii cederet in valde grave damnum, quo prævisо non fuisset concedendum: Sed hæc non tam est revocatio, quàm interpretatio voluntatis, nolentis pro tali casu dari privilegium: Idem est, si afferat notabile præjudicium successori; Nam licèt cæteroquin successor teneatur pactis antecessoris, continet tamen hujusmodi privilegium hanc tacitam clausulam: *Quamdiu successor non revocaverit*: & ideo non est absolutum aut perpetuum. Quod si concessum sit subdito, tunc potest etiam à concedente revocari ex omni illa causa, quæ alioquin ob necessitatem Reipublicæ sufficeret ad auferenda Iura subditorum.

260. DICO 2. Privilegium subdito gratis concessum, consistens in aliqua facultate & licentia sine translatione alicujus Iuris, potest validè revocari à concedente, vel successore, etiam sine causa, esto cum peccato veniali: ex rationabili causa etiam sine peccato.

Ratio est, quia hujusmodi privilegia sunt instar alicujus potestatis delegatæ, vel instar precariò concessi, & hoc videmus sæpè fieri. Sine causa autem revocare est indecens, levis animi inditium, occasio murmurationum, & ideo non potest ab omni culpa excusari. Quodsi non subdito sit concessum, dicunt DD. communiter non posse revocari, quia transit in pactum, nisi hoc in concessione exprimatur, ut ad libitum revocari possit, tunc enim non minùs revocari posset etiam à non subdito, quàm quæcunque res alia precariò commodata.

261. DICO 3. Privilegium onerosum revocari non potest nisi ex legitima causa, nempe ob bonum commune, & insuper revocans debet reddere pretium, si accepit pro concessione privilegii, vel si injunxit aliquod opus quod jam præstitum est, tenetur compensare. Ratio est, quia ad rectam gubernationem non requiritur major potestas, & iniquum esset, si subditi deberent damnum pati sine compensatione, quando hæc fieri potest, & qui cum onere concessit privilegium, ad hoc se obligâsse censetur. Hinc patet, in casu primæ Conclusionis non requiri talem compensationem, quia non censetur Princeps tale jus gratis conferendo, velle obligari ad compensationem, si illud ex necessitate boni communis iterum auferat; nam si prævidisset, nec privilegium, nec aliud æquivalens dedisset.

262. Ex hoc rectè inferunt plures DD. anno Iubilæi, quando revocantur generaliter omnes gratiæ, privilegia & facultates, non propterea revocari indulgentias & facultates in Bulla cruciata concessas, & ità declaravit Clemens VIII. & Urbanus VIII. Ratio est, quia illa Bulla datur cum onere solvendi & conferendi signatam eleemosynam.

263. QUÆRES, an idem dicendum sit de privilegio remuneratorio, & ex gratitudine concesso, seu antidorali. Affirmat de utroque Castro Palao, citans P. Suarez n. 6. cujus tamen mens alia est, ut constat ex ejus verbis, quibus discrimen facit inter remuneratorium, & antidorale, dicens, de remuneratorio esse longè certius, quòd opus sit compensatione (quia remuneratio continet universalem contractum, nec censetur gratis dari, sicut enim quod datur cum obligatione in futurum, revocari non potest impleta conditione, ità etiam quod datur in remunerationem præteriti laboris) quando remuneratio est ex debito Iustitiæ; quando verò tantùm est ex gratitudine, potest pati dubitationem: quia sola ratio gratitudinis non sufficit ad proprium & rigorosum contractum. quæ ratio etiam probat, non esse tam irrevocabile privilegium ex gratitudine quàm ex Iustitia: & si ex causa revocetur, fortè non erit debita remuneratio ex Iustitia, sed tantùm ex gratitudine, sicut fuit prior remuneratio. Nihilominus tamen privilegium remuneratorium est per se irrevocabile, quia ipsa ratio remunerationis hoc includit, idemque postulat ratio gratitudinis, nisi remuneratio excessiva sit. Ità Suarez.

264. DICO 4. Quando inferior dispensat in lege Superioris, non potest validè sine causa revocare privilegium concessum; quia sicut non potest validè dispensare sine causa, ità nec factam revocare, cùm in utroque operetur ex voluntate Superioris.

265. DI-

265. DICO 5. Superior supremus à quo inferiores suam Iurisdictionem dependentem habent, qualis est in Ecclesiasticis Summus Pontifex, potest etiam sine causa validè revocare privilegia ab inferioribus concessa, non tamen alius Superior non supremus; nam iniquum esset, si talis alteri sine causa minueret Iurisdictionem suam, quam non habet ab ipso dependentem.

266. Explicandum superest, quomodo facienda sit revocatio, ut vim habeat. Duplex autem est revocatio, expressa & tacita, hoc est, per actum privilegio contrarium. Revocatio tacita potest fieri tribus modis; Lege universali, Mandato hominis vel rescripto contrario, ac denique, Novo Privilegio priori contrario: Loquendo nunc de Revocatione expressa,

267. DICO 6. Privilegium Corpori Iuris insertum, item ex contractu oneroso concessum, ac denique habens clausulam, ut ei derogari non possit, nisi ejus specifica mentio fiat, hæc inquam, non revocantur generali clausulâ: *Non obstantibus quibuscunque privilegiis contrariis.* Ratio primi membri est, quia tale privilegium habet vim legis communis: legis autem correctio vitanda est, & tale privilegium non venit nomine puri privilegii. Ratio secundi membri est, quia ut paulò antè dictum est, tale privilegium est simpliciter irrevocabile, nisi ex gravissima causa, & factâ compensatione. Ratio tertii membri est, quia ut revocetur, opus est clausulâ reflexè derogatoriâ prioris clausulæ, alioquin clausula privilegii esset otiosa.

268. His privilegiis adnumerantur etiam illa, quæ ab aliquo Concilio Generali stabilita sunt, nam ut revocentur, debet in revocatione illius Concilii mentio fieri.

DICO 7. Reliqua privilegia revocantur clausulâ generali derogatoriâ. Ratio est, quia sufficienter constat de mente Principis.

269. DICO 8. Privilegia clausulata: *ut sine speciali mentione, vel etiam de verbo ad verbum relatione, non censeantur revocata*: revocantur sufficienter per hujusmodi clausulam contrariam, v. g. *non obstantibus privilegiis contrariis sub quacunque forma conceptis*: vel: *etiamsi debeat eorum specifica mentio fieri, aut de verbo ad verbum referri, &c.* Ratio est, quia hinc satis constat de mente revocantis, & concedens privilegium, non voluit sibi, nec alteri potuit obligationem imponere, sciendi omnium privilegiorum clausulas, easque referendi.

270. DICO 9. Privilegium Corpori Iuris insertum, tacitè revocatur per legem aliam universalem, etiamsi nulla prioris mentio fiat. Probatur 1. Quia leges generales non præsumitur ignorare Princeps. *cap. 1. de Constit. in 6.* 2. Quia lex posterior abrogat priorem. *l. sed & posteriores 28. ff. de legib.* *Sed & posteriores leges ad priores pertinent, nisi contrariæ sint, idque multis argumentis probatur.* Et hæc Conclusio etiam locum habet, si contra privilegium Iuri insertum concedatur aliud privilegium contrarium, etiamsi Iuri non inseratur, ob primam rationem allatam. Hoc tamen limitat Palao, ut intelligatur de privilegio perpetuo, quod quia maturâ consideratione conceditur, præsumitur etiam Ius contrarium consideratum fuisse; at verò si privilegium sit temporale pro aliquo actu, vel pro limitato tempore, tunc præsumi potest in concedente ignorantia Iuris communis oppositi, nisi illius mentionem faciat: privilegium enim sic restrictum non videtur differre à Rescripto seu Mandato contra communem legem facto, quod non habet effectum, nisi legis communis mentionem faciat, arg. *l. rescripta C. de precibus Imperatori offerend.* *Rescripta contra Jus elicita ab omnibus Judicibus refutari præcipimus, nisi fortè sit aliquid, quod non lædat alium, & prosit petenti, vel crimen supplicantibus indulgeat.* Rationem reddunt DD. quòd Rescriptum sit actus particularis, qui non præsumitur factus cum tanta consideratione, & advertentia ad leges oppositas.

271. DICO 10. Privilegium extra Corpus Iuris positum, nunquam revocatur posteriore privilegio, nisi prioris mentionem faciat, sive utrumque sit generale, sive utrumque speciale, sive primum speciale, & posterius generale. Ratio est, quia præsumitur ignorantia prioris privilegii, cujus notitia si adfuisset, fortasse posterius privilegium concessum non fuisset.

272. DICO 11. Quando prius privilegium est generale, & posterius speciale contrarium priori, tunc prius in tantùm revocatur, in quantùm est posteriori contrarium. Ratio est, quia generi per speciem derogatur, ut habet Iuris Regula. Ratio ulterior est, quia posterius privilegium est exceptio à priori, præsumitúrque fuisse concedendum, etiamsi notitia prioris adfuisset.

273. DICO 12. Privilegium corpori Iuris non insertum, non revocatur tacitè, neque lege universali, neque mandato aut rescripto hominis expressè non revocante. Ratio jam est data, quia ejusmodi privilegia præsumitur Princeps ignorare, ac proinde nolle revocare.

274. QUÆRITUR 1. An privilegium possit tacitè revocari per sententiam datam contra privilegium. ℞. Negativè cum Suarez aliisque, nam vel sententia infligit privationem privilegii pro pœna delicti, (quod solus ille Iudex potest, qui privilegium revocare potest) & tunc non est tacita sed expressa revocatio: vel fert sententiam, quòd privilegium non obstet, & tunc non est revocatio, sed reprobatio, hoc est declaratio judicialis, privilegium se non extendere eoúsque, quò privilegiatus prætendebat extendere.

275. QUÆRITUR 2. Quæ promulgatio revocationis requiratur, ut obligationem inducat.

ducat. ℞. 1. Si revocatio fiat per legem, ea requiritur, quæ requiritur generatim ad hoc, ut lex incipiat obligare, de quo ad initium hujus tractatûs egimus. ℞. 2. Si revocatio fiat privatim, non habet priùs vim, quàm reverâ innotescat privilegiato; quod colligitur ex communi usu, qui interpretatur mentem principis, quia in tali revocatione non est alius commodior modus, quàm specialis intimatio. Sed dubitatur ulteriùs, an debeat intimari per nuntium ad hoc missum, vel facto rescripto seu Epistolâ, an verò sufficiat quâcunque viâ perveniat ejus notitia ad privilegiatum. Sanchez aliique quos sequitur Palao, requirit nuntium, vel Epistolam seu rescriptum ad id destinatum. Probat Palao hoc discursu. Jurisdictio delegata est privilegium: sed Iurisdictio delegata requirit hujusmodi revocationem: ergo & privilegium. Respondeo, hoc argumentum esse in tertia figura, habens conclusionem universalem, quod est contra Regulas syllogisticas. Itáque de revocatione Iurisdictionis potest esse specialis ratio, quamvis etiam de hac multi negent ex gravibus fundamentis, ut advertit Suarez, qui proinde ad dubium rectiùs respondet, hoc pendere ex voluntate revocantis privilegium, & utrovis modo posse facere revocationem, quia valor revocationis non pendet ab acceptatione privilegiati, sed eo invito habet suam vim: ergo notitia solùm requiritur ad vitanda quædam inconvenientia, ne v.g. actus fiant irriti. Et hæc de privilegiis quoad ea, quæ in Iure consistunt, nam quæ in facto, ut, quænam privilegia de facto concessa sint huic vel illi Religioni, apud alios videri possunt.



CAPVT V.

DE LEGVM INTERPRETATIONE.

CONTROVERSIA I.

Quænam Regulæ sint Interpretationis Authenticæ & Doctrinalis.

SVMMARIVM.

Modus interpretandi triplex: Authenticus, Vsualis, Doctrinalis. 276.
In doctrinali interpretatione proprietas verborum attendenda, nisi ex circumstantiis alia Legislatoris mens intelligatur. 278.
Si lex sit favorabilis, verba possunt etiam ad sensum improprium sed usitatum extendi. eod.
Legis initium inspiciendum. 279.
Lex nova interpretanda est secundùm antiquam. 280.
Rescripta sunt explicanda secundùm Jus Commune. 281.

276. Triplex circumfertur interpretandi modus, authenticus, usualis, & doctrinalis. De usuali diximus agentes de consuetudine. Authentica interpretatio est, quæ fit vel à Legislatore, quâ talis est, vel ab eo cui ut interpreti ipse suam authoritatem accommodavit, & sic suam fecit, unde interpretatio authentica legis eandem vim habet cum ipsa lege. Hoc modo potest etiam legem interpretari successor; nam esto fortè non attingat intentionem Legislatoris, quam habuit in ferenda lege, nihilominus interpretando facit, ut deinceps non nisi in sensu suæ interpretationis obliget. eodem modo potest interpretari superior legem sui inferioris sibi subordinati, non autem inferior superioris legem.

277. Doctrinalis interpretatio est, quæ fit à viris doctis, ac præsertim Iura profitentibus, quæ non habet vim legis; facit tamen, ut Iudices & Dicasteria possint tutò hujusmodi interpretationem sequi. Deinde hæc interpretatio si est communis omnium, facit humanam certitudinem, & regulariter loquendo etiam inducet obligationem sequendi illam in praxi, inquit Suarez *lib. 6. cap. 1. n. 6.* Ut autem doctrinalis interpretatio, de qua hoc capite agemus, securè procedat, semper præ oculis habenda est mens & intentio Legislatoris, quæ investigari potest, vel ex ponderatione verborum, vel ex aliis circumstantiis; nam intentio est anima legis, potéstque verbis aliis & aliis significari, vel econtra eadem verba æquivoca possunt ab intentionibus valde diversis procedere. Ad hanc Legislatoris intentionem investigandam sequentes Regulæ traduntur.

278. REGULA 1. Proprietas verborum est maximè attendenda, hoc est, intentio Legislatoris talis fuisse præsumenda est, qualem verba legis in proprio sensu significant, hoc est in eo sensu, quo communiter usurpantur, & quem statim primâ fronte præseferunt, nisi vel ex circumstantiis aliud colligatur, vel ex tali sensu aliqua legis iniquitas sequeretur, aut inutilis evaderet, tunc enim sensus verborum improprius admittendus est.

Quodsi

Quodsi lex favorabilis sit, tunc verba ultra sensum proprium possunt etiam ad improprium extendi, si iste in Iure sit usitatus. Sic vocabulum *Mors*, *Filius*, non solùm de morte aut filio naturali, sed etiam de morte civili, ut professione aut exilio, & de filio adoptivo quandóque intelliguntur; lex verò odiosa mitiùs interpretanda est.

279. REGULA 2. Legis initium diligenter inspiciendum est; nam ibi frequenter finis & ratio legis continetur, unde Legislatoris intentio faciliùs deprehendi potest. Quare, si verba sint ambigua, eorum significatio determinabitur ex ratione in lege posita.

280. REGULA 3. Lex nova interpretanda est secundùm antiquam, si quæ similis exstat. *L. Sed & posteriores. ff. de legib.* Secundùm hanc Regulam resolvit *in 1. p. 5. Decretal. de Clerico per salt. c. Tua litt. n. 24. & 25.* Fagnanus quæstionem, an hodie post Tridentini Concilii dispositionem sess. 23. cap. 14. ut possit Episcopus ex legitima causa dispensare cum promotis per saltum si non ministraverint, an inquam possit dispensare cum illis qui scienter ità promoti sunt, & respondet contra modernos negativè, quia nimirum jus antiquum ad solos ignoranter promotos illam potestatem extendit, quia, inquit, lex nova disponens in materia antiqua, recipit omnes interpretationes & limitationes, quas materia ab antiquis legibus recipiebat. *l. in contractibus §. præterea C. de non numer. pecunia.*

281. Quod dictum est de Lege posteriore, dicendum pariter est de Rescriptis Justitiæ, quæ explicanda sunt secundùm Jus commune, adeo ut potiùs à verborum proprietate recedendum sit, vel aliqua verba transponenda, quàm ut Juri communi derogetur, & habetur casus in cap. *causam.* de rescriptis, ubi Pontifex rescribit clausulam postpositam ità accipiendam esse, acsi antepositа esset, quia ità Ius commune requirit. Ratio est, quia Princeps non censetur aliquid velle contra Ius commune decernere, nisi expresè ei deroget per clausulam quâ fiat mentio antiqui Iuris. *l. rescripta: C. de precib. Imp. offerend.* paulò antè recitatâ.

CONTROVERSIA II.

Quomodo Lex per Interpretationem possit extendi.

SUMMARIUM.

Discrimen inter Similitudinem, seu paritatem, & inter Identitatem rationis. 282.

Interpretatio extensiva alia Comprehensiva, alia purè extensiva. 283.

In occurrente casu non expresso, habente tamen similitudinem cum expresso, judicandum est ad normam expressi, & hoc sensu dicitur non omissus. 284.

Similitudo rationis non sufficit ad extensionem faciendam. 286.

Neque propter identitatem rationis licet semper extendere legem per interpretationem comprehensivam. 289.

Illustratur exemplis. 290.

Lex prohibens, præcipiens, puniens, vel irritans, non extenditur ad actum jam perfectum, bene tamen ad actum inchoatum: & sic lex respicit futura non præterita. 293.

Lex remittens pœnam, ad solos existentes extenditur. 294.

282. DUBITATUR 1. An Lex quoad vinculum obligationis in conscientia, vel quoad pœnam quam imponit, extendi possit ac debeat propter similitudinem, paritatem, aut saltem propter identitatem rationis, ad casum omissum, & nullo modo comprehensum sub significatione verborum legis, etiamsi de tali casu nihil per aliam legem dispositum sit.

Notandum 1. discrimen esse inter *Similitudinem* seu *paritatem*, & inter *Identitatem rationis.* Similitudo seu paritas rationis dicitur esse, quando in alio casu non quidem eadem ratio, sed alia illi æquivalens, & in æstimatione morali æquè gravis militat, & movere posset Legislatorem ad similem legem de altero etiam casu statuendam: v.g. si lex moveatur ratione amicitiæ, censebitur similis ratio esse Gratitudo. Identitas rationis, quando in utroque casu est eadem specifica ratio, v.g. amicitia.

283. Notandum 2. Interpretationem extensivam posse duplicem cogitari. Prima est & vocatur *Comprehensiva*, quando per illam declaratur, talem casum vel personam fuisse comprehensam in mente Legislatoris, licèt verbis eam non satis expresserit, hanc autem interpretationem quandoque ritè fieri constat ex dictis, quando nimirum ex aliis circumstantiis talis mens colligi potest, & in verbis virtualiter continetur, ut diximus de Interpretatione Privilegiorum, habetúrque expresè *cap. si postquam: de Elect. in 6.* ubi dicitur, quòd Constitutio jubens venire ad negotium prosequendum, ex mente Legislatoris non solùm exigat, ut quis veniat, sed etiam, ut usque ad finem negotium prosequatur. Altera Interpretatio est purè Extensiva, per quam extenditur dispositio Legis ad casum non comprehensum sub mente Legislatoris. Hanc Interpretationem non licere supponunt DD. & meritò, quia formalis ratio constitutiva legis est mens Legislatoris: ergo quod in ejus mente seu voluntate non fuit comprehensum, lege comprehendi non potest: ergo talis extensio esset potiùs nova lex: ergo ab alio quàm Legislatore fieri non potest.

Præsens ergo controversia tandem eò reduci debet, an Extensio ob similitudinem vel Identitatem rationis sit extensio prioris generis, hoc est Comprehensiva, vel posterioris: si sit prioris generis, licebit, si posterioris, non licebit.

284. Notandum 3. in præsenti controversia non intelligi per *Extensionem* illum Legis usum, qui à Iure Consultis rectè adhibetur in ordine ad externa Iudicia & ad ferendam sententiam. Nam, ut videre est apud Menochium *lib. 1. de præsumpt. q. 5. n. 8.* cùm non potuerint omnes casus legibus comprehendi, procedendum est à similibus ad similia, hoc est in occurrente casu non expresso, habente tamen similitudinem cum expresso, judicandum esse ad normam expressi, & in hoc sensu dicunt, casum similem expresso non censeri omissum, cùm in utroque par ratio militare videtur; & meritò, quia, ut bene dixit Suarez, nihil est magis consentaneum prudentiæ, quàm præcedentium vestigia imitari, in quo sensu etiam intelligenda est lex 13. *ff. de legibus*: *quotiescunque*, inquit, *lege aliquid introductum est, bona occasio est, cætera quæ tendunt ad eandem utilitatem, vel interpretatione, vel Jurisdictione suppleri.* Utrum autem sint obligati Iudices ad judicandum secundùm hujusmodi similitudinē, non est certum, est tamen probabile *ex lege non possunt. ff. de legib. Non possunt omnes articuli sigillatim aut legibus aut S. Consultis comprehendi, sed cùm in aliqua causa sententia eorum manifesta est, is, qui jurisdictioni præest, ad similia procedere, atque ità jus dicere debet.* Exempli gr. *l. 3. ff. de test. mil.* habetur, valere illius testamentum in ratione militaris test. quamvis voluerit testari jure communi, sed non perfecit. Rectè inde infertur, valiturum testamentum pagani in vim nuncupativi, qui voluit testari in scriptis, sed omisit solennitatem hujus, nullam autem nuncupativi. ut dicam *tomo 2. tr. 1. c. 1. de Testam.* His præmissis

285. Prima sententia affirmat posse fieri talem extensionem legis etiam à privato, tam ob paritatem, quàm ob identitatem rationis. Posséque hæc sententia videri communis, sed ejus authores tot eam limitationibus circumscribunt & limitant, ut in effectu videantur potiùs negativam tenere.

Secunda sententia de similitudine rationis negat, de Identitate in aliquo sensu concedit, ut explicabimus. Ità magis distinctè & in terminis primus videtur docuisse Suarez *l. 6. c. 3. & 4. toto.* quem sequitur Castro Palao, cum quibus

286. DICO 1. Similitudo rationis non sufficit ad extensionem faciendam in sensu præsentis quæstionis. Probatur 1. authoritate ipsorummet Legislatorum, qui quandoque per novam legem statuunt aliquid in aliquo casu, quod antè statutum erat in alio casu propter similitudinem rationis: ergo videntur supponere, quòd priore lege casus non fuerat comprehensus, alioquin non ferrent novam legem factâ mentione prioris legis, sed declararent, priorem legem se extendere etiam ad alterum casum. Antecedens constat ex cap. *Constitutionem*, *cùm cap. non solum de Regularib. in 6.* Nam cùm in cap. *Non solùm* Alexander IV. prohibuisset, ne Fratres Prædicatores & Minores ante annum probationis elapsum (*qui est maximè in subsidium fragilitatis humanæ regulariter institutus*) quemquam ad professionem admitterent, sicut etiam Innocentius IV. priùs constituerat, Bonifacius VIII. ad omnes ordines mendicantes extendit his verbis. *Unde nos pari similitudine rationis inducti, declarationem eandem ad aliorum mendicantium ordines prorogamus.*

287. Probatur 2. ratione à priori. Ratio legis non est lex, sed duntaxat motivum legis ferendæ, & quidem non est motivum necessarium, sed liberum, poterat enim Legislator non obstante similitudine rationis, legem omnino non ferre: ergo poterat etiam ob talem rationem ferre legem pro uno casu, nolendo eam extendere ad alium casum, non obstante similitudine rationis: nam esto sit similis ratio in utroque casu, potest tamen alia subesse ratio non extendendi legem ad omnes similes casus quoad talem rationem, eò quòd quandoque non expediat legum extensio, vel quia cum illa similitudine est conjuncta aliqua disparitas, quam Legislator quidem advertit, sed alii privati ignorant: ergo si verba legis illum alium casum nullo modo significant, non habemus externum signum sufficiens inductivum mentis Legislatoris, quòd voluerit etiam illum alium casum comprehendere.

288. Probatur 3. ex absurdo: sequeretur enim, etiam legem pœnalem non solùm quoad vim directivam, sed etiam coactivam, hoc est, quoad ipsam pœnam ob rationis paritatem extendendam esse, quod nemo admittit. Sequelam probo. Nam etiam lex pœnalis eousque extendenda est, quò eam volebat extendi Legislator, & hanc voluntatem manifestavit: atqui secundùm adversarios mens Legislatoris extendit se ad omnes casus quibus inest similitudo rationis, & per ipsam rationem legi insertam satis manifestatur: Ergo &c. Quodsi quoad vim coactivam potest esse restrictior, quàm sit ipsa ratio, quidni etiam quoad vim directivam?

289. DICO 2. Neque propter identitatem rationis licet semper extendere legem per interpretationem *comprehensivam*, sed tunc solùm, quando alioquin ex lege sequeretur iniquitas, aut absurditas, hoc est, quando ratio legis adæquata est adeo intrinseca, & universalis ad alios casus non clarè expressos, ut in ea habeant connexionem necessariam in ordine ad Iustitiam, & prudentiam legis, ità ut futurum esset contra rectam rationem & prudentiam, noluisse omnes casus in eadem ratione connexos & æqualiter participantes

participantes comprehendere. Probatur. Nam quando nulla talis est connexio, nihil coëgit Legislatorem ad utrumque casum comprehendendum, non est ergo, cur dicatur voluisse comprehendere, cùm ex rationabili causa potuerit unum & non alterum comprehendere. Quando verò est talis connexio, tunc, ne Legislator arguatur iniquitatis aut imprudentiæ, potiùs lex est extendenda, & præsumendum, quòd saltèm virtualiter & indirectè alter etiam casus per verba legis significetur comprehensus: tunc enim defectus verborum quoad claritatem est supplendus. Hujusmodi casus habetur in lege *cum mulier. ff. soluto matrim.* ubi dicitur: *si mulier adulterata fuerit viri lenocinio, non privatur dote.* Ratio autem est, quia viro volenti non fit injuria. Ratione autem injuriæ lucratur vir dotem. Quia verò hæc ratio etiam probat, virum non posse accusare uxorem de adulterio, ideo lex subjungit, hoc esse ex mente legis d cendum. Et reverâ hoc jam lex virtualiter dixerat. frustra enim accusatur de injuria is, qui cùm injuriam non fecerit, puniri propter injuriam non potest.

290. Illustratur Conclusio exemplis aliis. Primum est in Correlativis, unde dicitur: dispositum in uno correlativo censetur etiam dispositum in alio: sic exemptio mariti à reddendo debito ob adulterium uxoris, extenditur ad uxorem: facultas concessa sponsæ ad resiliendum ob absentiam sponsi, extenditur ad sponsum: successio data marito in bonis uxoris, extenditur ad uxorem: nisi enim hæ extensiones fierent, lex esset iniqua. Secundum est in ijs, quæ in Iure æquiparantur, ut Legatum fidei, & commissum quoad vim & effectum seu usum, quatenus à testatore facta extra Ius, consistunt, ut explicat Julius Pacius *Instit. de Legatis §. sed non usque.* ubi ait: quod si spectes verba testatoris, expressis verbis *Legati* contineatur tacitum fidei commissum & econtra. Item, in Iure æquiparantur Falcidia & Trebellianica portio, item electio, postulatio, provisio, præsentatio, & in his dispositum in uno censetur dispositum in alio, nisi aliud obstet. Tertium est in ijs, quæ sive de Iure, sive de consuetudine sunt connexa: ut, si conceditur domino audire Missam tempore Interdicti, etiam famulis, qui comitari solent, conceditur. Quartum est in contento & continente: ut quod statuitur de Vicario Episcopi, statutum censetur de Vicario Capituli Sede vacante, & quod de gradibus consanguinitatis, etiam de publica honestate & affinitate, & quod de Diaconatu, etiam de Subdiaconatu, &c. Semper subintelligendo: si sit eadem ratio, & si alioquin lex esset iniqua aut imprudens. Quintum in ijs quæ se habent ut mensura & mensuratum, v.g. Tutela legitima, hoc est, à lege data, & successio ab intestato: unde cui successio præ aliis à lege conceditur, etiam tutelæ onus præ aliis attribuitur, alioquin lex esset iniqua.

291. Quæ hactenus dicta sunt, non solùm procedunt, quando ratio est in lege expressa, sed etiam quando quidem expressa non est, sed est ità certa & evidens, ut de ea dubitari non possit, ut bene notat Suarez. Rectè etiam advertunt communiter DD. sæpè legem loqui de casu, vel persona particulari tantummodo exempli causâ, & tunc legem ad omnes similes casus extendendam esse, quia lex non agit de singularibus, neque exemplum limitat dispositionem; sed declarat. Dixi, legem non agere de singularibus. Nam aliud prorsus est in rescriptis. Hinc rescripta Iustitiæ seu ad lites, non extenduntur ultra personas nominatas. *Glossa in c. Nonnulli. v. lites restringendæ. De Rescriptis.*

292. DUBITATUR 2. An & quando lex de novo lata extendatur ad præterita. Non est autem Controversia de lege purè declaratoria, quæ propriè non est lex, sed legem jam positam declarat, vel docet, contra legem actum fuisse, & ideo non valere, sicut in *cap. fin. de sponsa duorum* declaratur, matrimonium ratum non dissolvi matrimonio subsequente etiam consummato. Quæstio ergo est de lege constituente novam obligationem, novúmque Ius, an extendatur ad actum positum ante illam legem, v.g. si lex statuat, ut maritus succedat uxori in tertia parte dotis, an comprehendat matrimonia jam contracta, imò uxores jam defunctas.

293. DICENDUM 1. Lex prohibens, præcipiens, puniens, vel irritans aliquem actum, non extenditur ad actum jam perfectum, bene tamen ad actum tantùm inchoatum, & in hoc sensu verum est axioma, quòd lex respiciat futura non præterita. *L. leges. 7. C. de legib.* ubi tamen additur limitatio, nisi nominatim & de præterito tempore, & adhuc pendentibus negotiis cautum sit. Declaratur in exemplis. Lex præscribens essentialem seu substantialem formam testamentis non comprehendit testamenta jam facta & absoluta, etiam necdum mortuo testatore, bene tamen testamentum scriptum, sed non subscriptum aut signatum. Statutum prohibens succedere filias dotatas, non comprehendit filias jam dotatas ante legem conditam, & patre jam mortuo, hæ enim jam successerunt, bene tamen jam dotatas patre tamen necdum mortuo. Idem dicendum videtur in casu suprà posito, de successione mariti in tertia parte dotis, ut nempe succedat ille, qui quidem tunc jam contraxit, non autem, cujus uxor jam mortua est, quæ jam alios nacta est hæredes.

294. DICENDUM 2. Lex remittens pœnam delinquentibus debitam, ad solos delinquentes jam tunc existentes extenditur, non autem ad futuros, ne detur ansa multiplicandi delicta, & colligitur ex *l. 22. ff. de legib.* ubi dicitur: *Cùm lex in præteritum quid indulget, in futurum vetat.* ex: gr. si lex remittat bannum omnibus qui solverint centum, intelligitur de bannitis tunc existentibus, non de futuris.

CONTROVERSIA III.

Quomodo Legis verba per Interpretationem restringi possint.

SUMMARIUM.

Dispositio legis indistinctè loquentis ità est restringenda, ut non procedat in præjudicium innocentis. 296.
Quando ratio legis non adæquat verba legis, lex restringenda est ad terminos rationis proximæ: sed ad hoc cautelâ opus est. 297.
Exemplificatur Conclusio. 298.
Restrictio legis etiam locum habet, quando in aliqua particulari materia aut persona sunt speciales circumstantiæ, aut prærogativæ, ob quas censetur non comprehendi. 300.
Triplex fundamentum usurpandæ Epikiæ. 301.

295. INterpretatio restrictiva est, quâ mentem Legislatoris ad pauciores casus interpretamur se extendisse, quàm verba, vel ratio legis præseferre videntur. Unde cùm oppositorum sit eadem ratio, doctrina præcedens de extensione, huc cum proportione applicari potest. Breviter itaque

296. DICO 1. Dispositio legis indistinctè loquentis ità est restringenda, ut non cedat in præjudicium innocentis. Ità post alios Suarez *lib. 6. cap. 5. n. 4.* Nam, nisi hujusmodi nocumentum esset necessarium ad bonum publicum, iniqua lex esset, si eò fuisset extensa. Hoc ipsum dicendum est de rescriptis Iustitiæ seu ad lites, ut constat ex *cap. Sup. eo de Offic. & potest. Iud. Del.* ubi cùm Alexander III. Judici delegato mandâsset, ut appellatione remotâ ordinaret Ecclesiam, hoc est, provideret ad præsentationem de persona idonea factam, dubitabatur, utrum delegatus inscio Diœcesano, &c. provisum in possessionem mittere posset, cùm alioquin institutio præsentatorum ad Diœcesanum pertineat de Iure: rescripsit Alexander III. Non esse Pontificis intentionem dictâ commissionis formulâ (*ut ordinet*) præjudicium generare Diœcesano. Unde inferunt interpretes *Paul. Laym. in cit. cap. n. 1.* Illa verba: *Ecclesiam ordines.* Ità explicanda esse: *Cura ut Ecclesia ordinetur per eum, qui Jus habet instituendi.* Quæ est quidem impropria significatio, sed necessaria, ut omnia ritè cohæreant.

297. DICO 2. Quando ratio legis non adæquat verba legis, sed verba pluribus casibus aptari possent, in quibus ratio legis non habet locum, tunc lex restringenda est ad terminos suæ rationis proximæ, & quasi constitutivæ objecti legis. Ità Suarez. Verùm hæc Regula in praxi magnam cautelam & prudentiam desiderat; nec enim facilè præsumi potest, verba legis latiùs patere, quàm rationem: sæpè enim ratio legis videtur aliud non esse, quàm evitatio alicujus incommodi seu inconvenientis alioquin secuturi, cùm tamen adæquata ratio alia sit, & quidem quæ se extendat etiam ad illum actum, ex quo secundùm se spectato non sequeretur quidem illud incommodum seu inconveniens quod lex cavere nititur, si tamen ille actus esset licitus in casu, quo tale inconveniens non timetur, esset periculum, ne ex aliis similibus actibus illud inconveniens sequeretur, ob quod periculum debet omnis actus prohiberi, quia in omni actu reperitur radix talis sequelæ. Declaratur in exemplo vulgari. Matrimonium clandestinum est universaliter invalidum, ubi Trident. quoad Decreta reform. receptum est. Ratio legis erat, ut caverentur fraudes plurimorum, qui primis uxoribus clàm ductis, & ex odio repudiatis (quia matrimonium probari non posset) alias ducerent. Hæc ratio ex mente Tridentini etiam locum habet in matrimonio illorum, qui ab omni hujusmodi fraude committenda remoti sunt. Ratio enim legis est, ut caveantur hujusmodi fraudes, quæ eventuræ essent, si clandestinum matrimonium illis liceret, qui firmo animo constituissent, nullam hujusmodi fraudem committere, nec unquam velle ductam uxorem repudiare: Nam si his liceret clàm contrahere, plurimi tempore contractûs essent bonæ mentis, postea ex odio insperato propositum, ut frequenter fit, mutarent. Hoc exemplum reperi postmodum observatum, & simili ferè modo explicatum apud Suarez *lib. 6. c. 9. n. 14. & c. 7. n. 5.* qui etiam observat, plura hujusmodi exempla afferri posse in lege naturali, ut in prohibitione fornicationis, pollutionis &c. sed de his diximus in 1. 2. tradentes Regulam Moralitatis objectivæ, & eandem doctrinam tradit Lugo *disp. 21. s. 2.* à *n. 64.* Aliud exemplum habetur in lege, *Prospexit 12. ff. Qui & à quibus manumissi liberi non fiant*: ubi mulier de adulterio accusata, prohibetur vendere servos etiam in agro & extra domum existentes: *Prospexit Legislator, ne mancipia per manumissionem quæstioni subducantur, idcircóque prohibuit ea manumitti, certúmque diem præstituit, intra quem manumittere non licet.* Ratio legis est, ne quæstioni ullus servus subducatur: quæ ratio videri posset non habere locum in servis extra domum & in agro existentibus, qui non poterunt habere notitiam adulterii in domo commissi. Verùm, quia si hos liceret vendere, facilè caperetur occasio servos criminis conscios quæstioni subducendi, mittendo extra domum, ideo etiam hi vendi prohibentur.

298. Pro Conclusionis tamen exemplificatione facit imprimis Matrimonium clandestinum, quod contrahitur ab illis, qui priùs bonâ fide in facie Ecclesiæ contraxerant cum impedimento dirimente occulto, sed postea per dispensationem

sationem ablato, in istis enim cessat ratio legis; cùm tale matrimonium possit sufficienter probari, eò quòd apparenter fuerit in facie Ecclesiæ coram parocho & testibus contractum: & etiam ideo, quia casus iste rarus est, & non potest inde fraus timeri.

299. Aliud exemplum affert Suarez ex lege: *adigere: ff. de Jure patronatûs*: ubi prohibetur patronus exigere Juramentum à liberto non ducendi uxorem; quæ lex non extenditur ad libertos Eunuchos, qui liberos procreare non possunt, quorum procreandorum causâ lex illa statuta est.

300. DICO 3. Restrictio legis etiam locum habet, quando in aliqua particulari materia aut persona sunt speciales circumstantiæ aut prærogativæ, ob quas censentur lege generaliter loquente non comprehendi. Hæc restrictio, seu emendatio legis, vel meliùs, exceptio à lege dicitur fieri per Epükiam, quando nimirum fit non ob speciale jus, sed ob circumstantias per accidens intervenientes. Definitur autem Epükia seu æquitas: *Emendatio legis eâ ex parte, quâ deficit propter universale.* Usus itaque Epükiæ quandoque licitus est, quo quis judicat, se hîc & nunc excusari ab observatione legis generaliter loquentis, etiamsi non sit à Principe dispensatum. Ita post S. Thomam Theologi, & multi Iuristæ. Probatur. Nam morali prudentiâ hominis non potest universalis legis dispositio ita concipi, ut in omnibus casibus particularibus, admittentibus infinitam circumstantiarum varietatem, ita sit recta, ut nunquam deficiat: non potuit enim Legislator omnes hujusmodi variabilitates prævidere & considerare, aut, sine ingenti legis confusione aut prolixitate excipere excipienda: ergo necessarium erat, hanc exceptionem relinqui prudenti judicio privatorum.

301. Ne autem usus Epükiæ in abusum deflectat, advertendum est, triplex esse fundamentum usurpandæ Epükiæ. Primum, si observatio legis in his circumstantiis esset peccaminosa: v.g. si lex jubens reddere Depositum, observaretur cum gravi detrimento innocentis. Secundum. Si observatio legis non esset quidem mala, esset tamen supra vires communes, cum tantâ difficultate & acerbitate obligari, non exigente fine legis tantum rigorem, v.g. præceptum obligans ad confessionem integram, posset observari etiam cum jactura famæ, nec tamen obligat semper cum tali jactura, quantò magìs hoc de lege humana dicendum erit? Tertium fundamentum est, quando non solùm observatio licita esset, & etiam Legislator potuisset cum tanta difficultate obligare, sed ex consueta benignitate & modo ferendi leges, colligitur, non fuisse mentem illius obligandi cum tanto rigore: sicut solemus interpretari præceptum jejunii.



CAPUT VI.

DE DISPENSATIONE IN LEGE.

CONTROVERSIA I.

Quænam Leges sint capaces Dispensationis, & à quibus dispensari possit.

SUMMARIUM.

Definitio Dispensationis. 302.
An Deus & quo sensu possit dispensare in Lege Naturali. 203.
In Jure divino positivo nec Summus Pontifex potest dispensare: quod tamen non benè probatur à Fagnano. 304.
Nec ab aliis. 305.
Melius probatur ex cap. super eo &c. litteras. 306.
Respondetur ad argumentum difficile ex dispensatione Voti, Juramenti, Matrimonii non consummati, spirituali inter Episcopum & Ecclesiam. 307.
Inferior non potest dispensare in lege Superioris nisi in casibus expressis. 309.
Explicatur axioma. Episcopus potest in sua Diœcesi, quod Papa in tota Ecclesia. 311.
Recensentur casus expressi. 312.

302. Dispensatio definitur communiter Relaxatio Iuris communis, cum causæ cognitione facta ab eo, qui potestatem habet relaxandi. Verùm redundat hæc definitio. Nam cognitio causæ non requiritur ad valorem dispensationis.

Meliùs definitur, Exemptio alicujus vel aliquorum à lege. Hinc differt primò ab Interpretatione, quæ supponit, casum lege non comprehendi,

prehendi: Dispensatio verò supponit lege comprehensum. Differt 2. ab absolutione à peccatis & Censuris, quia Dispensatio est gratia, absolutio autem debetur ritè disposito, neque vulnerat Ius, sed est Iuri conformis, & ideo latæ interpretationis, secus dispensatio. Differt 3. à licentia; quæ quandoque datur, & requiritur, non ad hoc ut quis operari possit contra legem, sed solùm ut actus fiat eo modo quo lex requirit, hoc est cum facultate: v. g. quando Religioso datur licentia exeundi è domo, non est dispensatio in lege prohibente exitum, quia lex non prohibet exitum simpliciter, sed exitum sine licentia. hæc differentia paulò pòst magìs declarabitur. Differt 4. ab Abrogatione & Derogatione; nam abrogatio est totius legis sublatio, Derogatio in parte sed in perpetuum, quod non facit Dispensatio. Differt 5. à Privilegio, quia Dispensatio semper est ad actum contra Ius, non item Privilegium: Dispensatio etiam sæpè est pro unico actu determinato, non item Privilegium. Multæ quidem Dispensationes sunt Privilegia, sed non econtra.

303. QUÆRITUR 1. Utrum in aliqua lege naturali possit dispensari saltèm à Deo. Negant plerique. Affirmat Sanchez, quem sequuntur aliqui Recentiores. sed, nisi fallor, quæstio tandem erit de nomine, utrum v. g. Deus permittendo in antiqua lege Poligamiam, Repudium, & si quid simile est (ut de fornicaria uxore Oseæ multi existimant) verè dispensaverit in lege naturali, prohibente polygamiam, Repudium, fornicationem. Idem quæri posset in sententia eorum, qui putant, matrimonium in primo gradu laterali esse Iure naturæ prohibitum, & tamen à principio mundi celebratum. De hoc puncto jam aliquid dixi in 1. 2. agens de regula moralitatis. Nunc solùm dico, authores, qui negant in his fuisse dispensatum, non satisfacere dicendo, illas non fuisse Dispensationes propriè dictas, sed mutationes circumstantiæ necessariò requisitæ ad legis obligationem; nam ad obligationem legis requiritur negatio authoritatis seu licentiæ divinæ, quâ positâ jam lex non obligat, nec unquam sic obligavit. Non inquam, satisfacit hæc declaratio; hac enim ratione dicendum esset, in nulla unquam lege posse dari Dispensationem propriè dictam, semper enim interveniet authoritas, quâ positâ non obligat lex, & cujus negatio requiritur ad obligationem legis. Verùm quidem est, Licentiam aliquando non esse dispensationem, ut paulò antè dictum est, sed tunc est diversus planè modus præcipiendi: non enim tunc prohibetur actus simpliciter, nec à legislatore desideratur simpliciter omissio actûs prohibiti, ità ut finis legis aliquo modo retardetur, aut vulneretur; (ut loquitur S. Augustinus) per actum etiam accedente licentiâ, non ità, inquam, prohibetur actus, sed prohibetur ne fiat sine licentia, ad cavenda mala, quæ fierent, si actus posset sine licentia frequentari; quamvis legislator actum cum licentia libenter admittat, & amet, sicut quando requirit approbationem sacerdotis pro audiendis confessionibus. Quando verò actus ità prohibetur, ut legislator intendat consequi finem, qui aliquo modo retardatur & vulneratur etiam quando accedit licentia, tunc talis licentia est propriè dicta Dispensatio. & talis videtur fuisse licentia Polygamiæ &c. nisi quis malit dicere, quòd necessitas talis licentiæ universalis pro conditione generis humani tunc existentis, tollat rationem Dispensationis strictè dictæ, quæ videtur debere esse magìs restricta, & sine tali necessitate, & sic evadet quæstio de nomine.

304. In Iure divino positivo, neminem, ne quidem Summum Pontificem dispensare posse in ullo casu, est recepta Theologorum Sententia (excepto quod sciam Cano & Thomâ Sanchez) contra plerosque Cananistas: unde illos redarguit Prosper Fagnanus 2. *parte. 1. Decret. in cap. cùm pridem de pactis n. 76. & seqq.* Verùm Jura quæ adducit, intentum non satis probant, nam capitula quæ allegat ex *causa 25. q. 1.* solùm asserunt, quòd Pontifex non possit abrogare legem divinam per legem contrariam, nec approbare, quæ contra Evangelicam doctrinam acta fuerint. Dispensare autem in lege divina non esset abrogare legem. Deinde cap. *super eo de usuris & cap. litteras de Restit. spol.*: posset ab adversariis accipi de illis, quæ jure naturali prohibentur, cujusmodi est Usura, & primus gradus consanguinitatis lateralis, nam in ulterioribus gradibus posse à Pontifice dispensari, constat ex Tridentino, & de usura communis sententia est, eam prohiberi jure naturæ. Capitulum *cùm ad Monasterium in fine de statu Monachorum*, omnium minimè facit ad propositum, solùm enim dicit, Pontificem non posse dispensare, ut Religiosus manens religiosus non teneatur votis substantialibus Religionis, quod est evidens. Verba sunt *Nec existimet Abbas, quòd super habenda proprietate possit cum aliquo Monacho dispensare: quia abdicatio proprietatis, sicut & custodia castitatis, adeo est annexa regulæ Monachali, ut contra eam nec Summus Pontifex possit licentiam indulgere.* Probat idem author deinde ex eo, quòd inferior non possit dispensare in lege superioris; Papa autem sit inferior. Sed adversarii responderent, Papam non esse qualemcunque inferiorem, sed Vicarium, qui potest (in omnium sententia) legem superioris, nempe divinam, interpretari authenticè, quod aliis inferioribus respectu superiorum non est concessum. Est ergo specialis ratio disparitatis inter Papam respectu Dei, & alios inferiores.

305. Probant alii sententiam ex absurdo. Si enim semel concedatur Pontifici potestas dispensandi in lege divina, consequenter dicendum esset (quod nemo concesserit) posse Pontificem

tificem in casu necessitatis dispensare in materia Sacramentorum: item sequeretur posse Pontificem res spirituales vendere pro pecunia, absque vitio simoniæ, quam quidem sequelam concesserunt plurimi Canonistæ, ut videre licet apud Fagnanum, fusè & doctè eos refutantem. Verùm nec hæc probatio multùm roboris habere videtur. Nam quod attinet ad materiam Sacramentorum, si Pontifex illam mutaret, v.g. constituendo aquam pro vino, mutaret essentiam Sacramenti, & novam Sacramenti speciem institueret, quæ esset longè alia potestas quàm potestas dispensandi. Quoad alterum de Simonia facilè respondetur, quòd vendere rem spiritualem pro re temporali, non tantùm lege divinâ sed etiam lege naturali prohibitum sit: in præsenti autem quæritur, an Pontifex possit dispensare in lege purè divina.

306. Optima ergo probatio mihi esse videtur, quòd Pontifex in se talem potestatem non agnoscat, & hoc satis clarè expressit *in cap. super eo, & cap. litteras* supra jam adductis; nam licèt ea quæ ibi tanguntur, non tantùm ad legem divinam sed etiam naturalem spectent, Pontifex tamen dicit, se dispensare non posse, quia sunt contra legem divinam. Deberet autem utique Pontifex hanc in se potestatem agnoscere, si ea sibi competeret, alioquin inutilis & otiosa esset.

307. Solùm superest respondere ad fundamentum Adversariorum, quod non invenio à Fagnano tactum, & est hoc. Ex Matthæi 19. *Quodcunque solveris &c.* colligunt Doctores communiter, quòd possit Pontifex dispensare in Voto, Juramento, & Matrimonio rato non consummato, & in matrimonio spirituali inter Episcopum & Ecclesiam, quod tamen est Juris divini, ut sentit Innoc. III. *in cap. inter corporalia de Translatione Episcopi*: atqui non est major ratio colligendi potestatem dispensandi in his, & non in aliis legibus divinis, cùm verba sint generalia. Ergo &c. Respondet Suarez *lib. 10. c. 6. n. 19.* & ex eo Castro Palao, posse Pontificem dispensare in Jure divino fundato in humano contractu, seu in propria voluntate hominis se obligantis, quia hoc non est dispensare in Jure divino, sed in fundamento illius, subtrahendo materiam illius Juris, nempe obligationem in quantùm provenit à voluntate hominis: sicuti potest hujusmodi voluntatem reddere impotentem ad sese obligandum. Ego dicerem, hanc non esse dispensationem, qualis esset, si Pontifex vellet aliquem eximere à lege v.g. credendi, ea quæ sunt necessariò credenda necessitate præcepti, vel à lege utendi sacramentis &c. sed esse irritationem voluntatis humanæ, pendentis quoad suam efficaciam tàm in fieri quàm in conservari ab acceptatione Dei, irritationem inquam factam à Vicario nomine Dei, quæ potestas erat necessaria ad plenam gubernationem, qualem suo Vicario Deus imposuit dicendo: *Pasce oves meas.*

308. Dices: Ergo poterit etiam Papa dissolvere Matrimoniũ consummatum, quia etiam provenit ejus vis à voluntate humana, quam potuisset Pontifex antecedenter inefficacem reddere. ℞. Negando consequentiam. Aliunde enim constat, insolubilitatem omnimodam esse à Christo superadditam matrimonio consummato, ut alibi dicetur. Sanè non expediebat hanc potestatem concedi Vicario Christi, ex qua gravia incommoda orirentur, eò quòd infiniti urgerent matrimonii sui dissolutionem, allegando etiam causas gravissimas, quibus sive indulgeretur, sive non, quis non videt, quanta inconvenientia sequerentur? nihil horum timendum est ex dissolutione matrimonii rati non consummati.

309. Quoad legem humanam dubitatur, an & in quibus casibus possit Inferior dispensare in lege Superioris, v.g. Episcopus in lege Pontificia, vel Concilii Provincialis. ℞. Non posse nisi in casibus saltèm tacitè concessis.

Ratio est, quia Inferior non potest suâ potestate impedire vim legis à superiore latæ, alioquin potestas inferior posset prævalere contra potestatem superiorem: ergo infirmior contra fortiorem, quod est ex terminis absurdum. Sicut ergo debilior tunc solùm potest prævalere contra fortiorem, quando fortior vult cohibere vires suas, ità inferior tunc solùm potest dispensare in lege superioris, quando consensu suo legem inferiori eatenus subjecerit. Itaque potestas dispensandi non est ex genere illorum, quæ dicuntur alicui competere, nisi prohibeantur, sed est ex genere eorum, quæ hoc ipso censentur prohibita, si non sint concessa, *cap. dilectus de tempor. ordin.* Imò satis clarè talis dispensatio prohibita est per canones illos, qui jubent leges communes ab inferioribus observari.

310. Objicitur 1. Capitulum *nuper. de Sent. excomm.* ubi dicitur, eo ipso quòd Legislator non reservat sibi absolutionem ab excommunicatione, talem absolvendi potestatem esse inferiori concessam. ℞. Absolutionem non esse dispensationem, nec esse contra Ius, sed juxta Ius, ut à principio hujus capitis dictum est.

311. Objicitur 2. Axioma vulgare: Episcopus potest in sua Diœcesi, quod Papa in tota Ecclesia. ℞. Hoc esse intelligendum de illis, quæ antecedenter ad legem Pontificiam specialiter prohibentem pertinent ad gubernationem & regimen in genere.

312. QUÆRITUR 2. Quinam casus sint, in quibus concessum sit (vel expressè vel tacitè) inferiori dispensare in lege superioris. ℞. Sequentes casus, vel potiùs genera casuum enumerari.

I. Si materia sit parvi momenti, qualis etiam est, si lex non nisi sub veniali obligat: quia fastidiosum nimis esset, etiam Legislatori, si in hujusmodi semper ad ipsum recurrendum esset, & non satis consultum esset inferioribus Principibus

pibus, si illis potestas dispensandi in talibus esset denegata. Huc ego referrem dispensationem in irregularitate cum corpore vitiatis, si defectus non sit valde magnus, ut inde scandalum timeri posset. Nam hic casus in Iure quidem expressus non est, & tamen à Canonistis admittitur.

II. Si ratione materiæ casus sunt frequentes, qui dispensatione opus habent, ut est in votis communibus, observatione festorum, & jejuniorum, ob rationem allatam, & mox afferendam.

III. In extraordinario eventu, quo necessitas urget, & est periculum in mora, vel impotentia adeundi superiorem. & hoc fundatur in præsumpta voluntate superioris, qui si negaret hujusmodi potestatem pro tali casu, ageret contra charitatem & suave regimen Ecclesiæ. Hinc communiter Theologi resolvunt, posse Episcopum in talibus circumstantiis dispensare in impedimento matrimonii dirimente, modò matrimonium sit publicum, & impedimentum occultum, & separatio non possit sine scandalo fieri. Utrum autem Basilius Pontius *lib.* 8. *cap.* 13. *n.* 6. hanc potestatem dispensandi rectè extenderit etiam ad impedimentum publicum, ad matrimonium contrahendum, & ad articulum mortis ad legitimandam prolem, non est hîc locus disputandi. Fagnanus *in cap. Nimis. de filiis presbyt. n.* 34. satis severè judicat, hanc doctrinam servari non posse ab Ordinariis absque incursu excommunicationis, quâ in Bulla Cœnæ feriuntur usurpantes Iurisdictiones & Iura ad Sedem Apostolicam pertinentia, ut in similibus casibus sæpiùs respondit S. Congregatio Concilii. Ità ille, qui etiam n. 27. observat, non facilè posse contingere, ut ob paupertatem impediatur accessus ad Sedem Apostolicam; nam in impedimentis occultis satis est, ut Confessores in partibus, suppressis nominibus supplicantium per litteras consulant Pœnitentiarios Basilicarum Urbis, vel alios, qui postea supplicationes deferunt ad Ministros S. Pœnitentiariæ, & ab ea dispensationum litteræ expediuntur gratis omninò etiam quoad scripturam.

IV. Si dubium est, an indigeas dispensatione. Nam licet ex communiore sent. tunc non indigeas dispensatione, quia libertas est in possessione, si tamen pro majori securitate velis dispensari, sufficiet dispensatio Episcopi, cui non censentur reservati casus dubii, cùm reservatio sit strictè interpretanda. Ità Palao.

V. Quando viget consuetudo dispensandi in certa materia. Sic habet consuetudo, ut Parochi dispensent in casibus frequentioribus, ut in jejuniis, festorum observatione quoad vacandum à quibusdam operibus.

VI. Ex magna causa necessitatis & utilitatis posse Episcopum contra Constitutiones Canonum etiam Generalis Concilii dispensare, decidit Rota decis. 262. cujus fundamenta refert Fagnanus *in cap. Canonum statuta. de Constit.* In prima parte. 1. Decretal. sed contra hanc Rotæ decisionem disputat ex professo per duodecim argumenta in 2. parte 1. Decretal. *c. nimis. de filiis Presbyt. à n.* 11. *usque ad n.* 24. admittens tamen eam secundùm octo declarationes ibi appositas. à n. 24. quæ omnia expedit à Vicariis Gen. legi, cùm multùm prodesse possint, & in aliis AA. non reperiantur. Declarationes autem Fagnani ejusmodi sunt, ut non dubitem, decisionem Rotæ aliud non voluisse. Et hæc de generalibus rationibus dispensandi.

313. Magìs autem in specie sequentes casus notabiles sunt. Primus habetur in Tridentino *sess.* 24. *cap.* 6. *de Reform.* ubi datur Episcopis facultas dispensandi in irregularitatibus omnibus, & suspensionibus, ex delicto occulto provenientibus, exceptâ eâ quæ oritur ex homicidio voluntario, & exceptis aliis deductis ad forum contentiosum: & in quibuscunque casibus occultis etiam Sedi Apostolicæ reservatis absolvendi delinquentes quoscunque sibi subditos in Diœcesi sua per seipsos, aut Vicarium ad id specialiter deputandum in foro conscientiæ, gratis impositâ pœnitentiâ salutari. Idem & in hæresis crimine in eodem foro conscientiæ eis tantùm, non eorum Vicariis permittitur. Sed hoc ultimum revocari in Bulla Cœnæ tenent plurimi, contra non pauciores apud Barbosam *de Off. Ep. p.* 2. *alleg.* 40. *num.* 23. Secundus casus habetur *cap.* 1. *de filiis presbyt. in* 6. ubi conceditur Episcopis facultas dispensandi cum illegitimis ad minores Ordines, & ad beneficia simplicia. *Is qui defectum patitur natalium, ex dispensatione Episcopi licitè potest ad Ordines promoveri minores, & obtinere beneficium, cui cura non imminet animarum.* Tertius habetur in *cap.* 1. *Qui Clerici.* ubi datur Episcopo facultas dispensandi cum Diacono, qui irregularitatem incurrit ducendo uxorem. Ibi. *Dimissâ illâ, quam in uxorem acceperat, & absolutione obtentâ, dispensativè poteris ei Diaconatûs Officium reddere.* Quartus habetur *in cap. cum ex eo. de elect. in 6.* ubi Bonifacius VIII. permittit, ut Episcopi, ac similes Prælati cum obtinentibus Ecclesias parochiales dispensare possint ad septennium causâ studii litterarum, debent tamen intra annum Subdiaconatum suscipere. Ibi. *Sancimus, ut Episcopi, eorúmque superiores cum iis, qui ejusmodi subjectas sibi Ecclesias obtinent, in futurum dispensare possint liberè, quòd usque ad septennium litterarum studio insistentes, promoveri minimè teneantur, nisi ad Ordinem Subdiaconatûs duntaxat: ad quem intra prædictum annum recipiendum omninò astringi volumus.* Quintus habetur *in cap.* 2. *de despons. impub.* ubi admittitur posse dispensari ex urgentissima necessitate, ut contrahant matrimonium, qui necdum habent legitimam ætatem, & plenam pubertatem. Et licet in illo cap. non exprimatur Episcopus, de eo ta-

eo tamen intelligendum est secundùm Joannem de Lignano & alios. Ibi: *Nisi fortè aliquà urgentissimà necessitate interveniente, utpote pro bono pacis talis conjunctio toleretur.* Sextus, Episcopi, omnesque Prælati Iurisdictionem quasi Episcopalem in foro externo ordinariam habentes quoad sibi subditos habent potestatem dispensandi in juramentis & votis, *arg. cap. 1. in fine de voto*, ut colligunt DD. communiter apud Barbosam *de Off. & Pot. Epist. part. 2. alleg. 36.* Excipiuntur quinque vota. 1. De intranda Religione 2. de perpetua castitate. 3. De peregrinatione in terram sanctam. 4. De visitandis liminibus Apostolorum Petri & Pauli. 5. De peregrinatione ad D. Jacobum Compostellæ. Quæ sunt Summo Pontifici reservata non quidem Iure scripto, sed antiquissimo Curiæ stylo. Potest tamen Episcopus dispensare ad Religionem laxiorem eâ quam quis voverat, quia hoc non est dispensare simpliciter in voto Religionis, sed in qualitate. Septimus. Potest Episcopus dispensare in Irregularitate proveniente ex infamia facti, ut docent plures Canonistæ apud Barbosam *loco cit. alleg. 43. n. 31.* sed non invenio decretalem aliquam, quæ hanc potestatem expressè concedat, quin potius ex Tridentino sup. citato videtur per argumentum à contrario oppositum colligi. Sunt adhuc aliqui casus, de quibus disputatur, an possit in illis Episcopus dispensare, sed meliores Authores communiùs negativè respondent, & ideo illos prætermisi, præsertim cum sint admodum rari.

CONTROVERSIA II.

Cum quibus dispensari possit.

SUMMARIUM.

In quibus casibus possit Superior secum ipse dispensare. 314.
An cum Peregrinis possit dispensare Superior loci ubi versantur. 316.

314. QUÆRITUR 1. In quibus casibus possit Superior secum ipse dispensare. Non est sermo de ipso Legislatore, quem jam supra diximus suâ lege non obligari, sed de alio superiore habente potestatem dispensandi in lege alterius. Deinde certum est, posse talem dispensare secum indirectè, quatenus ut pars continetur in illa Communitate, cum qua dispensat. Nunc ad quæsitum

Respondetur. In illis casibus, in quibus potest dispensare cum aliis subditis, v. g. in votis, juramentis, irregularitatibus, aliisque impedimentis vel obligationibus, imò & pœnis, potest etiam secum dispensare, nisi expressè prohibeatur, vel nisi ejusmodi pœnam per sententiam Iudicis incurrisset, tunc enim non præsumitur illi facta potestas secum dispensandi, imò nec alium eligendi ad secum dispensandum, nisi quando esset ea necessitas, & impotentia adeundi Superiorem, quæ sufficieret, ut in aliis quoque casibus cum subdito dispensare posset, juxta dicta præcedente controversiâ. Ratio est, quia non debet Superior esse pejoris conditionis quàm subditi.

315. Objicies. Inter dispensantem & dispensatum debet esse distinctio, sicut inter absolventem & absolutum. ℞. Negando paritatem; nam dispensatio non est sententia, sed mera exceptio à lege, & ipsius legis restrictio seu derogatio ex parte, ad quem actum non requiritur distinctio, alioquin nec indirectè posset secum dispensare. Cæterùm observandum est id quod decrevit Congregatio Concilii, facultatem datam Episcopis *sess. 24. c. 6. de Reform.* absolvendi & dispensandi sibi subditos, posse cum ipsis Episcopis à Confessario ab ipsis electo exerceri.

316. QUÆRITUR 2. An cum peregrinis possit dispensare Superior loci ubi versantur. ℞. cum distinctione: in lege communi, ac etiam in lege munipali illius loci quibus tenetur peregrinus, potest dispensare Superior illius loci in illis, in quibus potest cum suis subditis. ad ipsum enim pertinet cura observationis harum legum & consequenter etiam caussæ cognitio, an expediat dispensari. At verò in votis, impedimentis &c. non potest cum peregrinis dispensare, nisi quando ex caussis supra allatis habet præsumptam voluntatem Superioris proprii territorii; & ita decisum est, quoad priorem partem, sæpius à Congreg. Card. & ratio est, quia vel potest adiri Superior, vel non potest: si potest, cur non adiretur præ alieno? si non potest: vel urget necessitas vel non urget. si non urget, exspectetur: si urget, habetur præsumpta voluntas.

CONTROVERSIA III.

Qualis causa requiratur ad dispensandum.

SUMMARIUM.

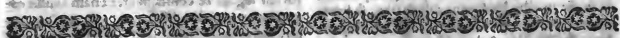
Existente causâ sufficiente tenetur quandoque Superior dispensare, quandoque non tenetur. 318.
Causa legitima arbitranda est prudenti judicio. 319.

317. EX alibi dictis & certâ DD. sententia, Legislator in sua lege sine causa rationabili dispensans validè quidem, sed non licitè dispensat: nam sine causa prævalente non potest honestum esse, velle impedire bonum commune, etiam ex parte tantùm, quod ex integra observatione legis exspectatur. Hoc autem peccatum probabiliter est veniale ex genere suo,

quia non est gravis deordinatio, nisi esset valde ampla dispensatio, ita ut lex graviter vulneraretur, & ex magna parte inutilis redderetur. Unde sequitur, quod dispensatio sine causa debeat revocari, quamvis ante revocationem dispensatus ea licitè utatur. Contrarium dicendum est de dispensatione inferioris in lege Superioris, quæ sine causa (saltem existimatâ) non subsistit. Dixi: *saltem existimatâ.* plures enim putant, quòd si à parte rei non subsit, sed ex errore videatur subesse, adhuc non valeat dispensatio. Sed non improbabiliter affirmat Sanchez valere. sanè, sicut si ipse Legislator circa causam erraret, non diceremus dispensationem esse nullam, sed ex voluntate dispensantis adhuc valere; quia licet peccaret volendo simpliciter dispensare sine causa, non peccaret tamen, volendo valere dispensationem, etiam casu quo circa causam erraret (modo absit fraus ex parte impetrantis dispensationem) quia rationabiliter hoc vellet, ne videlicet dispensatio posset in dubium vocari; ita videtur etiam suum consensum accommodare inferioris dispensationi.

318. Existente causâ sufficiente, tenetur quandoque Superior dispensare, quandoque tamen, ex probabiliore sententia non tenetur. Prima pars declaratur: nempe tunc tenetur, si negando dispensationem grave damnum in Republica sequeretur, cui debet ex officio consulere: item si per dispensationem esset reparandus honor & fama injustè læsa, neque in contrarium urgeret similis causa, & sic de aliis. verbo: tunc tenetur ex officio, quando in oppositum nulla æque gravis causa urget. Secunda pars jam probatur: quia possunt in oppositum, ad negandam sc. dispensationem urgere graves causæ: sicut enim liberè fert legem ob causam sufficientem, quam tamen ex causa opposita posset sine culpa non ferre, ita de dispensatione dicendum est. *Non enim quidquid potestati Judicis permittitur, id necessitati Juris subjicitur: l. non quidquid 40. ff. de Judiciis.* Quando tamen in Jure designatur causa ad dispensandum, tenetur inferior, existente causâ, dispensare, quia tunc instruitur inferior, cui committitur potestas, quomodo ea uti debeat.

319. Quæ porrò sit causa legitima, arbitrandum est prudenti judicio, considerando qualitatem personæ, quam sæpè expedit habere sibi gratitudinis titulo obligatam, item utilitatem, necessitatem, pietatem causæ neque enim necesse est, ut dispensatio immediatè tendat ad bonum publicum, sufficit, ultimatè eò referri.



CAPUT ULTIMUM.

DE RESCRIPTIS.

CONTROVERSIA UNICA.

SUMMARIUM.

Rescriptum in genere quid sit. 320.
Rescripta ad lites, seu Justitiæ sunt strictæ interpretationis. 321.
Rescripta Gratiæ ad beneficia sunt etiam strictæ interpr. 322.
Regula generalis est, ea esse exprimenda, quæ à Jure exprimenda præscribuntur 324.
Qui in eadem materia duo rescripta impetrat, in quorum primo est restrictio in secundo ampliatio cum præjudicio tertii, in secundo est facienda mentio primi. 325.
Si adversarius impetravit rescriptum delegans causam Judicibus AA. postea si petas alios judices, facienda mentio prioris. 326.
Habens beneficium, & volens impetrare rescriptum ad aliud, mentionem faciat prioris. 327.
Etiamsi priori renuntiatum esset. 328.
Præbendam necdum consecutus, sed receptus volens impetrare rescriptum ad aliud beneficium alterius Ecclesiæ mentionem faciat admissionis. 329.
Statuti resistentis collationi facienda est mentio. 330.
Exprimendum, quòd supplicans sit Clericus. 331.
Exprimenda est causa spoliationis. 332.
Alia causa nullitatis est Dolus vel Simplicitas, aut ignorantia admissa tacendo verum, vel narrando falsum. 333.
Exemplum subreptionis ex simplicitate. 334.
Exemplum nullitatis ex narratione falsi per errorem. 335.
Exemplum omissionis causæ impulsivæ tantum. 337.
Explicatur cap. Postulasti. de Rescriptis. 339.
Quomodo subintelligatur. Si preces veritate nitantur. eod.
Unde cognoscendum, aliquid esse causam finalem vel impulsivam. 340.
Subreptitium est, si taceatur defectus, qui tamen post datas litteras auferatur ante executionem. 341.
Qualitates adjici solitæ in rescriptis sunt duplicis generis. 242.
Error commissus in qualitate per modum demonstrationis non vitiat. 343.

Ad

AD tractatum de Legibus revocari poſſunt Reſcripta, quæ etiam ſunt regula quædam externa noſtrorum actuum, ut rectè fiant: & frequentiſſimus uſus eſt Reſcriptorum, & in ipſo lib. Decretalium titulo de Conſtitutionibus ſubjungitur titulus de Reſcriptis. De his jam aliqua diximus in Superioribus.

320. Eſt autem *Reſcriptum* in genere *ſecundùm Rebuffum tract. de Reſcriptis n. 5.* Conceſſio Principis per litteras authenticas legitimè facta; ſive ſit ſecundùm Jus, ſive contra Jus. hoc ultimum tamen ità accipe: ſi in ipſo Reſcripto Iuri communi expreſsè derogetur, v. g. ſi jubeatur iterum audiri, qui jam per ſententiam eſt condemnatus. Nam niſi hoc exprimatur, ex communi Regula Reſcriptum contra Ius non valet, quia præſumitur fraus interveniſſe in impetrando Reſcripto. ſemper enim mens Principis præſumitur eſſe talis, qualis de Iure eſſe debet *arg. l. ex facto ff. de vulg. & pupill. ſubſtit.*

§. I.

Interpretatio Reſcriptorum.

321. RESCRIPTA ad lites ſeu *Juſtitiæ* ſunt ſtrictæ interpretationis, præjudicant enim ordinariorum Iurisdictioni. Hinc ſi in Reſcripto delegetur Iurisdictio ad quaſdam cauſas indefinitè, non poteſt extendi niſi ad cauſas jam tunc exortas, non autem ad cauſas, quæ poſt impetratum Reſcriptum exoriuntur, ut habetur *c. fin. h. t.* ibi. *aut litteras ipſas ad futuras trahunt controverſias, quæ nondum fuerant tempore impetrationis exortæ, ſeu quenquam ſuper uno negotio &c. earundem litterarum commodo careant.* Item in Reſcriptis Iuſtitiæ nomine exiſtentium in Diœceſi, ſeu Diœceſanorum, non veniunt nec conveniri poſſunt exiſtentes in Epiſcopali civitate, quæ eſt caput Diœceſis, ut habetur deciſum in *cap. Rudolphus. 35. h. t. Rudolphus clericus Rector Eccleſiæ S. Chriſt. de civit. Sagienſi, ſuâ nobis inſinuatione monſtravit, quòd cum M. R. eum per quaſdam litteras contra Epiſcopum Sagienſem & quoſdam alios Sagienſis diœceſis, ſuper reditibus & rebus aliis impetratas à nobis coram Judicibus ſuper eadem Eccleſia per generalem clauſulam (QVIDAM ALII) conveniſſet: idem rector propoſuit excipiendo, quòd cum eſſet de civitate Sagienſi, & ſub eadem clauſula nullus de civitate ipſa intelligitur incluſus, conveniri non poterat per eandem. Et quia dicti Judices exceptionem hujusmodi recusàrunt admittere, noſtram audientiam appellavit. Ideoque mandamus, quatenus eſt ità, revocetis in irritum.* Et colligitur etiam ex *cap. quamvis de Præbend. in 6.* ex quo conſtat, aliquando nomine Diœceſis non comprehendi civitatem Eccleſiæ Cathedralis. Item ſi delegetur Iurisdictio in certas perſonas: non poteſt Reſcriptum & Iurisdictio extendi ad Perſonas alias, ità ut ne quidem ex conſenſu earum poſſit prorogari Iurisdictio *c. P. & G. 40. de off. & pot. Jud. deleg.* ad cauſas tamen etiam graviores ex conſenſu partium prorogari poteſt ultra cauſam in Reſcripto expreſſam. quia talis prorogatio fundatur in Iurisdictione in Perſonas, ut tradit Laym. in cit. cap. quod ſic habet. *P. & G. per litteras Apoſtolicas conquerentibus coram te de Epiſcopo London. quòd conceſſum ab eis mutuum promiſſo loco & termino non perſolvit. pendente judicio J. Laicus, qui in quantitate quadam eisdem Mercatoribus tenebatur, ſe in tuam Jurisdictionem voluit prorogare, ut ſi intra terminum conſtitutum prædictam non ſolveret quantitatem, Excommunicationis & Interdicti ſententias in perſonam & terram ejus promulgares. Quas hujusmodi occaſione à te latas decernimus non valere; cum & ſi aliàs Jurisdictioni præeſſe dicaris: quia in dictum I. nullam Jurisdictionem habeas, Jurisdictionis prorogatio nulla noſcitur exſtitiſſe: cùm hujusmodi delegata Jurisdictio ad alias perſonas nequeat prorogari.*

322. Quin imò etiam Reſcripta Gratiæ ſaltèm ad Beneficia, cùm ſint odioſa illis ad quos alioquin de Jure communi proviſio pertineret, ſunt ſtrictæ interpretationis. Hinc Reſcriptum ſuper beneficio vacaturo alicui conferendo, non extenditur ad beneficium de novo erectum poſt Datam Reſcripti. *Clement. un. de Reſcript.* Vivianus *in cit. Clem.* Rationem dat Barboſa in eand. Clem. & alii RR. ex eo, quòd beneficium de novo erectum non dicatur vacare, quia nunquam fuit proviſum. Item ex communi Canoniſtarum ſi Papa mandaverit alicui beneficium conferri in diœceſi, non poteſt ipſi conferri in Civitate Epiſcopali, quia, ut jam ſup. notavi, in odioſis nomine Diœceſis non venit Civitas Epiſcopalis.

§. II.

De Nullitate Reſcriptorum ob ſubreptionem ex taciturnitate veri, manifeſtandi de Iure.

323. RESCRIPTA conceduntur ſub hac cõditione, *Si preces veritate nitantur.* tunc autem dicuntur veritate niti, quando nec ſuppreſſione veri, nec expreſſione falſi vitiantur: quocunque autem horum interveniente Reſcriptum eſt nullum ex defectu conſenſûs, & quidem ſi ob ſuppreſſionem veri, dicitur provenire ab ignorantia concedentis, & Reſcriptum dicitur Subreptitium, ſeu ſubreptitiè obtentum; ſi verò ob expreſſionem falſi, dicitur provenire ab errore, & Reſcriptum dicitur *Obreptitium*, ſeu obreptitiè obtentum: (à multis tamen hæc terminorum ſcrupuloſitas non obſervatur) colligitur ex *c. fin. de filiis presbyt.: in 6.* ibi in fine. *talis diſpenſatio, cùm non ſit veriſimile ſedem ipſam cum illo prædictum patiente defectum voluiſſe, ſi hoc fuiſſet expreſſum, eidem in pluralitate beneficiorum diſpenſare, velut per ſurreptionem obtentà, nullius penitus eſt momenti.*

menti. Rescriptum gratiæ subreptitiè obtentum, est ipso jure nullum; Rescriptum Justitiæ est irritandum ope exceptionis, quia non est tanti præjudicii, quanti primum, cùm non tribuat Jus, sed Iudicem. & habetur c. 9. h. t. *Si autem aliquis authoritate posteriorum litterarum per adversarium in judicium tractus objecerit, litteras se priores habere, de quibus in posterioribus mentio non habetur, si eis dolo vel negligentiâ uti postposuerit, excusari non debet.* idem dicitur c. 23. *eod.*

324. Videndum nunc est, cujusnam veritatis taciturnitas, vel falsitatis expressio vitiet Rescriptum; & primò quidem de iis, quæ vitiant, etiamsi expressâ veritate adhuc Rescriptum obtentum fuisset, de quibus in hoc §. in sequenti verò de illis, quæ dant causam concessioni, quia aliàs Rescriptum non fuisset datum. Pro prioribus

REGULA generalis est, ea esse exprimenda, quæ à Iure exprimenda præscribuntur, intelligendo nomine Iuris non solùm Ius scriptum, sed etiam stylum Curiæ (facit enim Ius *c. quàm gravi de crimine falsi*) & Consuetudinem, quæ habeat vim legis, sunt autem sequentia.

325. Primum. Si quis in eadem materia duo Rescripta vel privilegia impetret, in quorum primo fiat Restrictio, in secundo verò Ampliatio fiat cum præjudicio tertii, tunc in secundo Rescripto & ejus petitione facienda est mentio primi. Casus habetur in *cap. penult. de Præscript.* Monasterium quoddam in Vesprimensi diœcesi constitutum, habebat à Paschale Papa privilegium postulandi Chrisma, Oleum sanctum, Consecrationes, & Ordinationes pro suis Clericis à quocunque Præsule Catholico, sed cum hac restrictione; si Vesprimensis Episcopus vel non fuerit Catholicus, vel gratiam Sedis Apostolicæ non habuerit, vel ea non voluerit gratis exhibere; secùs verò, ut ab ipso Episcopo Vesprimensi postularent. Postmodum Abbas illius Monasterii impetravit à Clemente privilegium universalius, absolutum & illimitatum, nullâ factâ prioris mentione. Agitatâ causâ apud Innocentium III. declaravit, Privilegium secundum esse subreptitium, & nullius valoris quoadhoc punctum, in quantùm prioris privilegii limites excederet, ex eo quòd prioris nullam faciat mentionem. Ratio autem reddenda est ex dictis de Privilegiis. quia per primum privilegium ejúsque restrictionem fuit roboratum Ius commune favens Episcopo Vesprimensi, & sic acquirebat vim privilegii, quasi indirectè concessi: atqui privilegio non derogatur per aliud contrarium, nisi illius expressa mentio fiat. Ergo &c.

326. Secundum. Si tuus adversarius sive solus, sive communi consensu impetravit à Papa Rescriptum, delegans causam Iudicibus AA. postea tu petas ab eodem Rescriptum delegans eandem causam aliis Iudicibus, debes prioris Rescripti ab adversario impetrati mentionem facere, alioquin secundum Rescriptum à te impetratum nullam habet firmitatem, sed ope exceptionis elidi potest, & primum in suo robore manet, si fuerit Iudicibus præsentatum, & vigore illius citatio facta. Ità rescripsit Alexander III. *in c. cæterum. h. t.* secùs, si primum Rescriptum ex negligentia intra annum non est Judicibus præsentatum. *cap. plerumque h. t.* Quodsi sine culpa non est præsentatum, competit exceptio contra secundum Rescriptum: *c. si autem h. t.* suprà recitato.

327. Tertium. Habens beneficium quantumvis modicum, vel Vicariam perpetuam, & volens impetrare Rescriptum ad beneficium aliud sibi providendum, debet mentionem facere Vicariæ perpetuæ, alioquin subreptitium censebitur, utpote imperratum tacitâ veritate, quam si Papa cognovisset, probabiliter non ità scripsisset: nam hujusmodi litteræ emanant pro Clericis pauperibus, nullum beneficium habentibus: qui verò Vicariam obtinet, Ecclesiastico beneficio non caret. Ità rescripsit Innoc. *in c. postulâsti h. t.* ibi. *Non enim beneficio carere debet dici, cui competenter de perpetuæ Vicariæ proventibus est provisum.*

328. Quartum. Rescripti ad provisionem de beneficio impetrati facienda est mentio in petitione alterius Rescripti, etiamsi priori Rescripto renuntiatum esset, alioquin posterius Rescriptum irritum est ipso Iure, & rescindendum quidquid ejus prætextu actum fuerit. Ità rescripsit Honorius III. *in cap. ad audientiam. h. t.* ibi. *Mandamus, quatenus eos, qui post litteras taliter venditas, alias (de illis mentione non habitâ) impetrabunt de cætero, vel hactenùs impetraverint, carere decernas commodo earundem, & Ecclesias non permittas earum occasione vexari: revocando in irritum, si quid earum prætextu inveneris esse factum.*

329. Quintum. Receptus in Canonicum Ecclesiæ A. sed præbendam necdum consecutus, adeóque habens tantùm *Jus ad Rem*, non *in Re*, volens impetrare rescriptum ad aliud beneficium alterius Ecclesiæ, debet mentionem facere admissionis in Canonicum. Ità rescripsit Gregorius IX. *in cap. in nostra h. t.* ibi. *Mandamus, quatenus eos Clericos Ecclesiis, in quibus recepti sunt faciens esse contentos, non permittas alias ab eis occasione litterarum hujusmodi molestari. Nisi de receptione fortè suâ expressam fecerint mentionem.* Aliud esset, si Canonicatus, aut aliud quodcunque Beneficium oblatum quidem esset, sed non acceptatum, hujus enim mentionem fieri non est necesse, quia necdum acquisivit Ius ad rem, nedum Ius in re, ut patet ex donatione, quæ ante acceptationem non fundat actionem personalem. Idem dicendum, si alicui absenti & ignoranti collatum esset beneficium, nam tunc validam esse gratiam Papalem rescripsit Bonifacius VIII. *Cap. Gratia h. t. in 6.* Ità quidem ut, si

beneficia

beneficia incompatibilia ſint, in optione impetrantis ſit, utrum eorum retinere velit. Fagnanus *c. ſuper litteris n.* 70. ait, in hoc caſu acquiri quidem Jus ad rem, ſed hoc non obſtare, quia ſolius Iuris in re eſt facienda mentio. Unde conſequenter diceret, in caſu collati Canonicatûs ſine præbenda, eſſe etiam quæſitum Ius in re reſpectu Canonicatûs, ſed non reſpectu præbendæ ſeu redituum. Capitulum ſic habet. *Gratia, quam ſuper beneficio à Sede Apoſtol. te impetraſſe proponis, vitioſa reputari non debet, quamvis de alio beneficio ab Epiſcopo tuo antea tibi abſenti, & ignoranti collato, nullam (cùm tempore impetrationis neſcires) feceris mentionem. Vtrumque tamen (ſi talia ſint beneficia, quæ ſimul de Jure nequeant teneri) habere non potes: ſed eligas, quod ex eis malueris retinere.*

330. Sextum. Si conſuetudo vel ſtatutum alicujus Eccleſiæ reſiſtat collationi alicujus beneficii, tunc ut reſcriptum mandans proviſionem hujusmodi non cenſeatur ſubreptitium, debet illius conſuetudinis, vel ſtatuti mentio fieri ſaltèm generalis, & ſi ſtatutum juramento firmatum eſſet, etiam juramenti mentio facienda eſſet. Caſus habetur *in cap. conſtitutus h. t.* ubi Innocentius III. reſcribit, quòd ſi numerus Canonicorum juramento conſtitutus fuerit in Eccleſia, priusquam reſcriptum mandans collationem Canonicatûs datum eſſet, irritum ſit, quidquid illius Reſcripti vigore actum eſſet. Ibi. *Mandamus, quatenus ſi legitimè vobis conſtiterit, numerum Canonicorum, qui nunc eſt in eadem Eccleſia, per Decanum & Capitulum ejusdem Eccleſiæ juramento firmatum, antequam prædictus Clericus litteras executorias impetraſſet, quidquid factum eſt occaſione litterarum ipſarum, irritum decernatis.*

331. Septimum. In ſupplicatione pro beneficii impetratione, exprimendum eſt, quòd ſupplicans ſit Clericus. Ità ſupponitur in *c. cum adeo h. t.* ibi. *Cùm enim in litteris nec de præbenda ipſius mentio haberetur, nec Clericus diceretur in eis.* Hoc autem inde provenit. Nam licèt Clericatus in perſona ſupplicante de Iure communi ſupponatur, cùm Laicus ſit incapax Beneficii Eccleſiaſtici, quia tamen Curiæ ſtylus eſt exprimere Clericatum, ſi in reſcripto hoc omittatur, habetur pro ſubreptitio, & ſupponitur, nec fuiſſe in ſupplicatione poſitum. Hinc infero, quòd hujus taciturnitas in ſupplicatione non obeſſet, ſi in reſcripto Clericatus exprimeretur.

332. Octavum. In impetratione Reſcripti mandantis reſtitutionem contra Judicem, à quo quis ſpoliatus eſt, v. g. amotus à beneficio, exprimenda eſt cauſa ſpoliationis, quæ ſi in reſcripto non erit expreſſa, ſubreptitium cenſebitur. *C. Dilectus. h. t.* ibi. *de amotionis ſuæ cauſa, & excommunicationis, quâ tenentur adſtricti nullam facientes penitus mentionem, &c. Mandamus quatenus litteras ipſas tanquam per veri ſuppreſſionem obtentas, viribus carere decernas.* Ratio eſt, quia pro Judice ſtat præſumptio. & hæc quidem in corpore Iuris clariùs continentur. Nunc de aliis videamus.

§. III.

De nullitate Reſcripti ex defectu Cauſæ motivæ, Finalis, aut Impulſivæ.

333. Alia Cauſa nullitatis eſt, dolus, vel ſimplicitas, aut ignorantia admiſſa, tacendo verum, vel narrando falſum in precibus, dans cauſam conceſſioni. Caſus eſt in cap. *ſuper litteris h. t.* ubi Innocentius III. reſcribit, diſtinguendum eſſe, utrum litteræ cum taciturnitate veri, aut ſuggeſtione falſi, impetratæ fuerint per malitiam, aut dolum impetrantis, an verò per ſimplicitatem, ac ignorantiam: primo caſu in pœnam delinquentis omnino irritæ cenſeri debent, ità ut poſtquam Judici dolus innotuerit, ſuperſedeat cauſæ cognitione. In altero autem caſu attendere debet, an Papa nihilominus litteras dediſſet, etiamſi veritas aperta fuiſſet, & falſitas intermiſſa, ſaltèm ſecundùm formam Iuris communis: ſi dediſſet, tunc Judex cauſam cognoſcat ſecundùm ordinem Iuris communis: ſi non dediſſet, non poterit Judex procedere. Hoc capitulum, etſi loquatur de Reſcriptis Iuſtitiæ, cum proportione tamen procedit etiam in reſcriptis gratiæ, ut ex communi docet Sanchez, Layman, & quidem à fortiori, ut ait Fagnanus.

334. Diſſentiunt tamen hi AA. in eo, quòd Sanchez & Layman (quibus accedit Zœſius) exiſtiment, litteras dolo impetratas, ſi contineant plura capita ſeparata, & dolus ſolùm ſit commiſſus quoad unum, non quoad alterum, non vitiari, niſi quoad illud caput, in quo dolus commiſſus eſt: Fagnanus autem exiſtimet (n. 18.) (ſicut & Vallenſis in ſuis Paratitlis) vitiari in totum, propter illa textûs verba: *In ſuæ perverſitatis pœnam nullum ex illis litteris commodum conſequatur.* Verùm hæc verba ſufficienter ſalvantur, quatenus nimirum vi litterarum, ne quidem in forma Iuris communis procedi poſſit, ſicut procedi poteſt, quando ſimplicitas, aut ignorantia ſubreptionis cauſa fuit. Volunt proinde Sanchez & Layman hîc quoque verificari aliam Regulam Iuris. 37. in *6. Vtile non debet per inutile vitiari.* Exemplum eſſe poſſet, ſi quis habens votum Caſtitatis, peteret diſpenſationem ad ducendam ſuam conſanguineam, & pro priori allegaret ſuam incontinentiam, pro ſecundo verò mentiretur, ſuam conſanguineam non poſſe invenire alium maritum ſuæ conditioni parem, quo caſu, inquit Laym. diſpenſatio in voto teneret, non autem in impedimento conſanguinitatis, unde poſſet quidem aliam ducere, ſed non conſanguineam.

 Exemplum

Exemplum subreptionis ex simplicitate, vel ignorantia provenientis, ac Rescriptum viriantis, affert Fagnanus (n.65.) si impetretur à Papa Rescriptum super re feudali, non factâ mentione, quòd feudalis sit; quia tunc Papa verisimiliter se non intromisisset super re feudali, nisi fortè in defectum non administratæ justitiæ, ex quo ad Dominum feudi talis cognitio spectabat.

335. Exemplum nullitatis litterarum non omnimodæ ex narratione falsi per errorem posset esse, si quis in precibus errore deceptus narraret, in sua Provincia moris esse, ut ejusmodi causæ summariè ac de plano, sine figura strepitúque judicii expediantur, tunc etsi Rescriptum non valeret ad processum summarium instituendum, valeret tamen ad instituendum secundùm formam Iuris communis, nisi adversarius in processum summarium ultrò consentiret.

336. Ex his ergo constat, deficiente causâ finali, hoc est, simpliciter motivâ ad Rescriptum talis formæ concedendum, vitiari Rescriptum, quia deficit consensus Principis: sive deinde consistat in aliquo negativo: (ut: rem non esse feudalem) sive in positivo, ut: existere talem consuetudinem, ut videre est in exemplis allatis.

337. Gravis dissensio est inter DD. utrum deficiente causâ purè impulsivâ, hoc est, quâ absente fuissent quidem litteræ in eadem forma concessæ, sed non ità facilè, promptè & expeditè, an, inquam, tunc vitietur Rescriptum, & fiat subreptitium non minùs, quàm cessante causâ finali. Exemplum. Aliquis simulat se Belgam, ut faciliùs impetret Rescriptum, eò quòd animadvertat, in Dataria faveri Belgis præ aliis, ob singularem illius nationis industriam in obeundis officiis ad Datariam spectantibus. Affirmativam tenent communiter Canonistæ, quos sequitur Fagnanus n. 67. Theologi tamen communiùs negativam tenent, & veriùs: quos sequitur Decius, & Zœsius n. 31. Probatur à Zœsio & quibusdam aliis RR. ex cap. *Dudum v. considerantes de præbend. in 6.* Sed meo judicio, inde nihil concludi potest, quia taciturnitas potestatis Legato concessæ, ne quidem erat causa impulsiva, & eâ etiam expressâ æquè facilè fuissent gratiæ Papales concessæ, ut patet legenti totam Decretalem, quæ longiuscula est. Meliùs probatur ex *L. Cùm tale 72. §. 6. ff. de condit. & demonstrat.* ubi falsa causa, quâ movebatur legans, tunc solùm facit inutile legatum, si testator sciens causam esse falsam non fuisset legaturus. *Falsam causam legato non obesse verius est, quia ratio legandi legato non cohæret: sed plerúmque doli exceptio locum habebit, si probetur aliàs legaturus non fuisse.* Probatur deinde à paritate donationis, quæ valet non obstante falsitate causæ merè impulsivæ. Ratio autem à priori est, quia in tantùm Rescripta subreptione vitiantur, in quantùm deficit consensus principis: sed ob falsitatem causæ merè impulsivæ non deficit consensus principis, ut supponitur, nam quòd quis difficulter vult, verè adhuc vult. Ergo, &c.

338. Confirmatur. Nam voluntas Papæ quâ ob veritatem causæ finalis absolutè vult conferre litteras, quamvis aliquo modo etiam feratur in causam impulsivam, continet tamen appretiativè & virtualiter illam voluntatem, quam haberet cognitâ falsitate causæ impulsivæ; ergo illi æquivalet: ergo tantundem operatur, quantùm illa alia operaretur. Itaque illa alia voluntas non dicitur, moraliter loquendo, merè conditionatè futura, (sic enim non sufficeret ad valorem Rescripti, ut patet in Rescripto subreptitio ex taciturnitate alicujus de Jure non tacendi, quod est nullum, etiamsi Gratia facta fuisset apertâ veritate) sed jam de præsenti aliquo modo existit in absoluta voluntate faciendi gratiam ex causa finali verè existente.

339. Objicitur 1. Textus cap. *Postulâsti h.t.* ubi taciturnitas Vicariæ videtur fuisse causa solùm impulsiva ad concedendum alterum beneficium, & tamen litteræ declarantur subreptitiæ. Assumptum colligi videtur ex verbis Pontificis: *pro habente beneficii competentis subsidium de levi* (idest de facili) *non scribimus*: ergo insinuat Papa, quòd nihilominus pro altero beneficio scripsisset. Respondetur, illorum verborum *non de facili*; non esse hunc sensum: *non ità promptè, sed cum aliqua difficultate*: sed hunc *non facilè contingit, ut scribamus pro habente beneficium, non factâ mentione beneficii jam obtenti.* qui est sensus planissimus.

Objicitur 2. In omni Rescripto subintelligitur: *Si preces veritate nitantur.* atqui, si falsa est causa impulsiva, preces veritate non nituntur. Ergo. ℞. Si illa conditio subintellecta tam strictè accipienda esset, sequeretur non valituras litteras, si in precibus aliqua merita enarrarentur ad promptiùs flectendum animum, quæ tamen in rei veritate non exstiterunt, vel si exstiterunt, non sunt posita animo gratificandi Principi: item si quis in precibus offerret se ad varia obsequia, licèt in animo non haberet ea præstare; quod nemo dixerit. Sensus ergo illius conditionis subintellectæ est: si vera sunt ea, quæ me movent & determinant ità, ut si non enarrarentur, vel si non tacerentur in precibus, non haberem causam actu me moventem efficaciter ad dandas litteras. Ratio est, quia sub illa conditione non possunt venire nisi ea, quibus Princeps alligat suam voluntatem: atqui causæ merè impulsivæ non alligat suam voluntatem, cùm etiam eâ cessante daret litteras vi præsentis affectûs, ut ostensum est: Ergo causa merè impulsiva non venit sub illa conditione.

340. QUÆRITUR, unde cognosci, & dijudicari valeat, quænam sit causa finalis, vel quæ merè impulsiva. Censeo, majori cum distinctione

stinctione hoc esse resolvendum, quàm soleat communiter adhiberi. Itaque, vel causa in precibus allata est unica & indivisibilis, v.g. periculum incontinentiæ pro dispensatione in voto Castitatis, & tunc certum est habere rationem causæ finalis, ut per se patet: nam sine causa in precibus expressa non censetur Princeps velle gratiam facere, nisi dicat, se illam facere motu proprio. Si verò plures causæ, v.g. duæ adducantur, v.g. præter periculum incontinentiæ necessitas propagandi familiam illustrem, tunc illa imprimis habenda est pro causa finali (saltèm partiali) quæ prudentum judicio præferretur alteri, si alterutra esset omittenda: illa enim censebitur ex natura sua esse apta ad fortiùs movendum. Quod si illa causa talis sit, ut in Rescriptis & precibus soleat quandoque afferri pro causa unica & adæquata, tunc censeo, alteram causam adjunctam habendam esse pro causa merè impulsiva, etiamsi talis esset, quæ si sola poneretur, posset habere rationem causæ finalis. Cùm enim in hoc casu duæ causæ adsint, ambæ potentes esse & etiam solitæ esse causæ finales, censebitur Princeps in favorem supplicantis illi soli suam voluntatem alligare, quæ potentior est ad movendum; vel certè (quod mihi probabilius est) in tali casu (& multò magis, si causæ essent æqualis ponderis) Princeps neutri causæ determinatè alligaret suam voluntatem, sed indeterminatè, ità ut alterutram verificari sufficeret. Quòd si nec ex stylo Curiæ, nec ex aliis Rescriptorum formulis colligi possit, utra ex duabus causis allatis prævaleat, videtur dicendum, quòd ambæ simul fuerint causa finalis totalis, quia non est major ratio de una quàm de altera.

341. QUÆRITUR. Si quis in precibus taceat aliquem defectum, v.g. ætatis requisitæ ad capacitatem gratiæ, quam petit, v.g. ad impetrandum beneficium curatum, sed post datam litterarum antè earum executionem, v.g. ante factam provisionem acquirit debitam ætatem, valebitne provisio, vel potiùs ob litterarum subreptionem non valebit. ℞. Litteras esse subreptitias, & cùm tempore impetrationis, seu datæ fuerint vitiatæ ob taciturnitatem rei, quæ si fuisset cognita, non fuissent litteræ datæ, tractu temporis non possunt convalescere. Aliud esset, si Rescriptum præscinderet à Beneficio curato & non curato, tempore datæ verò fuisset impetrans saltem capax beneficii non curati, & ante executionem fieret etiam capax beneficii curati, tunc si proximè vacans beneficium esset curatum, posset illi vigore Rescripti conferri, quia non fuit ab initio vitiosum, neque enim ad impetrandum tale Rescriptum necesse fuisset exprimere defectum ætatis ad Beneficium curatum, cùm id determinatè non fuisset petitum.

§. IV.

De Obreptione proveniente ex falsa adjectione qualitatis.

342. Qualitates in Rescriptis adjici solitæ duplicis generis sunt. Primum genus est earum, quæ solent adjici ad demonstrandum subjectum, seu personam, vel aliam rem, v.g. nominatur Sempronius, & vocatur Doctor Decretalium, cùm sit solùm Doctor Legum. Secundum genus est earum, quibus rei alioquin indeterminatæ fit determinatio ad unum, v.g. si testator volens legare certam pecuniam Titio, dicat: Lego Titio pecuniam quæ continetur in tali arca.

343. DICENDUM 1. Error commissus in qualitate primi generis, hoc est, adjectæ solùm per modum demonstrationis, seu declarationis illius rei in quam feratur intentio Principis in Rescripto, non facit Rescriptum obreptitium, si aliunde constet de re quam Princeps volebat demonstrare, & de intentione dandi rescriptum etiam secluso errore. Ita habetur §.29. Instit. de Legatis. *Si quidem in nomine, cognomine, prænomine, agnomine legatarii erraverit, si de persona constat, nihilominus valet legatum.* Exemplum ponitur *in l. demonstratio 17. ff. de condit. & demonstrat.* *Si ita servus legatus sit*: Stichum cocum, Stichum sutorem Titio lego: *licet neque cocus neque sutor sit, ad legatarium pertinebit, si de eo sensisse testatorem convenit*: i. e. constat. item in *l. si quis fundi 4. ff. de Legatis* primò. ibi. *Si quis in fundi vocabulo erraverit, & Cornelianum pro Semproniano nominaverit, debetur Sempronianus.* subintellige: si constet de mente testatoris.

344. Contra hanc certam doctrinam objici potest ex *cap. Significante. 34. h. t.* ubi casus ejusque resolutio est hujusmodi. Raphael impetravit litteras ad Judices (cujus diœcesis fuerint, in casu non exprimitur) contra Vitum diœcesis Remensis. Vitus à Judicibus citatus excipiendo opposuit, se vigore talis Rescripti non posse conveniri, cùm non sit de diœcesi Remensi, sed Leodiensi: appellavitque ad Greg. IX. qui rescripsit, rectè fuisse appellatum, & irritum esse declarandum, quidquid ab illis Iudicibus actum esset. In hoc casu error fuit circa solam qualitatem secundariam. Respondent aliqui, *Vivianus in c. cap. & alii apud Laym.* secuti Rubricam hujus Decretalis, ideo acta fuisse nulla, quia Rescriptum non poterat extendi à Vito Leodiensi ad alium ejusdem nominis Remensem & sic supponunt, Vitum Leodiensem non fuisse illum hominem in individuo, contra quem Raphaeli competebat actio super Bannis & quibusdam aliis similibus (ut dicitur in textu) sed alium Vitum Remensem: quod si verum esset planissima utique esset solutio. sed videtur ab his supponi falsum, nam Vitus Leodiensis non negavit,

negavit, se illum esse contra quem Raphael intenderat Rescriptum obtinere, sed hoc tacitè fassus est. Aliter ergo respondendum est, rectè fuisse judicatum à Greg. IX. idque poterat fieri ex duplici capite. primum. quia non fuit mens Pontificis in primo Rescripto constituere Iudices alterius diœcesis, nempe Remensis, si scivisset, Reum conventum esse Leodiensis, hoc enim est contra stylum Curiæ, quæ solet constituere Iudices illius diœcesis, cujus est reus conveniendus. Secundum caput obreptionis esse poterat, quia Iudices constituti distabant ultra unam dietam à diœcesi Raphaelis & Viti, quæ distantia jure novo reddit obreptitium Rescriptum, nisi contineat clausulam derogatoriam dietarum.

345. DICENDUM 2. Error circa qualitatem adjectam in vim determinationis reddit irritum Rescriptum. v. g. quòd beneficium vacet per mortem beneficiarii, vel resignationem, est quid accidentale beneficio. Ponamus jam (& est casus *cap. Jusceptum h. t. in 6.*) duos clericos impetrasse litteras pro beneficio vacante, quorum primus dixit, vacare per mortem, (quod erat falsum) alter per resignationem (quod erat verum) hoc casu rescriptum primi erit obreptitium, & beneficium conferendum est secundo, in cujus rescripto vacatio per resignationem erat adjecta ad designandum & determinandum tale beneficium præ alio conferendum. verba cap. sunt. *Si duo super eodem beneficio litteras impetrent, primo eorum per illius obitum qui tenebat: secundo verò per cessionem ejusdem ipsum proponente vacare. secundus (cùm beneficium ipsum cessione, non morte vacaverit, debet primo in ipsius assecutione præferri.* Ratio est, quia falsitas determinationis ostendit, aliam esse mentem Principis, prout magis & ex professo declarabo in tract. de Contractibus.

§. V.

De variis causis excusantibus ab observantia Resciptorum.

346. PRima. Si Rescriptum mandet aliquid contra Ius commune, non factâ mentione saltem implicitâ Iuris communis cui derogatur, rejiciendum est, tanquam alienum à Principis intentione, vel quia inscio Principe per fraudem datum est, vel quia Princeps non erat Iuris communis memor, alioquin non daturus, sed Ius commune custoditurus. *l. fin. C. si contra Jus. Omnes &c. Judices monemus, ut nullum Rescriptum &c. quod generali Juri vel utilitati publicæ adversum esse videatur, in disceptationem cujuslibet litigii patiantur proferri &c.* item *c. ex parte. de Capellis Monachorum.* ibi. *Cùm autem id* (quod Rescripto continebatur) *obviet Lateranensi Concilio, de quo nulla mentio est in litteris ante dictis, fraternitati tuæ breviter respondemus, quòd hujusmodi litteras ab Apost. sede non credimus emanasse. Quodsi per occupationem forsitan emanaverint, nolumus per hoc derogari Concilio prædicto.* Hujusmodi rescriptum esset, quod mandaret aliquid fieri lite pendente, contra transactionem &c. si omnia negotia tam præsentia quàm futura committerentur per Rescriptum Iustitiæ uni certo Iudici: hoc enim est contra Consuetudinem & stylum Curiæ, & obnoxium gravi abusui ut habetur *cap. ad hæc.* 10. h. t. *Significatum est nobis, quosdam de Cancellaria nostra litteras accepisse, per quas eorum omnia negotia unius Iudicis vel plurium quos sibi elegerint arbitrio committuntur.* & infrà. *Nos igitur huic morbo celeri volentes obviare remedio &c.* aliter se res habet in Rescriptis Gratiæ, quibus dantur Conservatores. Idem esset, si in Rescripto Iustitiæ daretur Iudex incertus ad arbitrium supplicantis eligendus, ut ex *eod. cap.* colligitur. Quòdsi Papa tale Rescriptum daret ex *certa Scientia*, nihilominus semper subintelligeretur: *salvo Jure excipiendi contra Judicem electum:* v. g. quia est actori conjunctus, favens &c.

347. Secunda causa excusans esset, si Rescripto inesset vitium latinitatis, non merè orthographicum, aut amissio unius syllabæ non pervertens sensum Rescripti, sed solœcismus, aut constructio manifestè inepta, *c.* 11. *h. t.* ibi. *Quibus, quoniam manifestum continent in constructione peccatum, fidem te nolumus adhibere.* Elegantia sermonis non est necessaria, dummodo in modo loquendi non deviet à stylo Curiæ. *Indignum enim est, ut verba cœlestis oraculi restringantur sub Regulis Donati.* inquit Gregorius relatus. *cap.* 13. *dist.* 38.

348. Tertia causa excusans esset, si Rescriptum esset in aliquo loco suspecto rasum, vel vitiatum, ut habetur hinc inde in longissimo. *C. inter dilectos.* 6. *de fide instrum.* v. g. *si non esset publicâ manu confectum, si sigillum haberet litteras non legibiles, si enormem haberet fracturam*, ut dicit Summar. Quod sufficit retulisse: nam textus ipse habet plurima alia huc non spectantia.

QUÆRES 1. Quid agendum sit in casu, quo Rescriptum ex uno dictorum capitum vel alio est de falsitate suspectum? ℟. Differendam esse Rescripti executionem donec de Principis voluntate constet, & consultus iterum rescribat, prout apparet ex toto Iure, in quo talis suspensio executionis est sæpius approbata.

349. QUÆRES 2. Quid operetur in Rescriptis clausula adjecta quandoque: *Motu proprio.* ℟. Adjici in hunc finem, ut purgetur subreptio, quæ alioquin vitiaret Rescriptum, si merè ad instantiam supplicantis fuisset concessum. Non est tamen motus proprius tantæ virtutis, ut suppleat defectum intentionis in Principe, quando nimirum aliunde constat quòd intentio Principis non sit, Rescriptum extendere ad talem vel talem casum, (quando non exprimitur)

mitur) v. g. in præjudicium tertii, vel Juris communis, ut si beneficium esset affectum Jure Patronatûs, vel alteri beneficio unitum, vel si gratia facta repugnaret consuetudini loci, &c. Quæ omnia ex hactenus dictis intelligi possunt; vide superius dicta de Privilegiis. Controver. 1. n. 21.

§. VI.

De Rescriptorum executione.

350. QUÆRITUR 1. Quænam in Rescriptis censenda sint requiri tanquam substantialia, quibus non observatis processus sit irritus. ℞. Ea quæ in Rescripto requisita etiam de Iure communi requiruntur, judicanda sunt esse, vel non esse substantialia, prout sunt, vel non sunt de Iure communi. Posita enim sunt in rescripto præcisè ad instructionem Delegati, nisi aliud exprimatur. Idem dicendum de ijs, quæ requiruntur ad similitudinem, aut ob paritatem cum aliquo requisito in Iure communi, v. g. de Iure communi requiritur, sed non substantialiter, ut matrimonio præmittantur denuntiationes: jam, si rescripto dispensetur in præmittendis denuntiationibus, moneatur tamen parochus, ut præcipiat contrahentibus, ne consument matrimonium ante factas denuntiationes, hæc monitio non requiritur ut substantialis, ac proinde eâ prætermissâ valeret matrimonium, sicut valeret, si contra Ius commune contraheretur non præmissis denuntiationibus.

351. QUÆRITUR 2. Si executio Rescripti spectet ad Episcopum, contingat autem vacare Sedem, ad quem tunc spectet executio. ℞. Spectare ad Capitulum, adeo ut illi incumbat conferre beneficium pro quo scripsit Pontifex, etiamsi cæteroquin collatio illius beneficii ad solum Episcopum spectaret, arg. *Capituli primi de institutionib. in 6.* ubi dicitur, sede vacante posse Capitulum instituere præsentatos à patronis, alioquin ab Episco instituendos. *Etsi Capitulum Sede vacante beneficia, quæ ad collationem Episcopi pertinent, conferre non possit, præsentatos tamen à patronis potest admittere, si sint idonei, & instituere.* Ratio est, quia hujusmodi beneficiorum collatio non est libera, sed necessaria, sicut etiam, quando vigore fundationis est beneficium certæ personæ conferendum.

352. Sed quid si Sede vacante impetratum est rescriptum ad Capitulum, priusquam tamen illud præsentaretur Capitulo electus & confirmatus est Episcopus, ad quem spectabit executio? ℞. Spectare ad Episcopum; quia quòd Rescriptum fuerit directum ad Capitulum ideo factum est, quòd Sedes vacaret: adeóque ex intentione Pontificis devolvitur executio ad Episcopum, ut claré indicatur in cap. *Eam te. h. t.* & consentit Fagnanus.

353. QUÆRITUR 3. Quinam abusus rescriptorum à Iure reprobati, & quomodo puniendi sint. ℞. Abusus sequentes reprobari in cap. fin. h. t. 1. Si quis nomine suo litteras impetrans alteri, cui idem est nomen, tradat. Unde fit, ut alios indebitè fatiget. 2. Si quis impetret litteras ad lites quasi in antecessum, quando nimirum tempore impetrationis necdum existit controversia, sed postea primùm suboritur. 3. Si quis super una controversia impetret plura rescripta ad diversos Iudices, vel etiam super diversis quidem causis, quæ tamen possent coram eodem Iudice commodiùs expediri, quod fieri solet animo fatigandi adversarium, & sic adigendi, ut ad redimendam vexam transigat, aut jure cedat. 4. Si quis animo reconveniendi suum adversarium, impetret rescriptum ad diversos Iudices ab ijs coram quibus jam conventus est, cùm posset coram ijsdem Iudicibus reconvenire, sed nempe quærit ansam inducendi adversarium in contumaciam, si non compareat, & tanquam contumax Censurâ excommunicationis affectus ab actione repellatur. Hi abusus puniuntur primò nullitate processûs, & ipsius Rescripti, quoad omnia commoda, secundò condemnatione in expensas adversario refundendas, si quas ex citatione facere debebat: *c. 3. in 6. h. t.* ibi. *Decernimus, ut si quis contra alium plures personales movere voluerit quæstiones, non ad diversos Judices, sed ad eosdem super omnibus huiusmodi quæstionibus litteras studeat impetrare. Qui verò contrarium fecerit, omni commodo careat litterarum: nec processus habitus valeat, per easdem reo, si eum per ipsas citavit, vel fatigaverit, in expensis legitimis condemnandus.*

354. QUÆRITUR 4. Si rescriptum deleget causam contra plures personas indefinitè, quousque delegatus Iudex numerum extendere possit. ℞. In *cap. cùm in multis h. t. in 6.* Decisum & constitutum esse, non plures, quàm tres, vel quatuor vi talis Rescripti in Iudicium trahi posse, & impetratorem nomina eorum in primo citatorio coram Iudice delegato exprimere debere; postea autem variare non posse: Cap: ità habet. *Cùm in multis Juris articulis infinitas reprobetur, providè duximus statuendum, ut per illam generalem clausulam.* [Quidam alii.] *quæ frequenter in litteris nostris inseritur, ultra tres vel quatuor in Iudicium non trahantur. Quorum nomina in primo citatorio exprimat impetrator, ne locus fraudi forsitan relinquatur, si circa ea possit liberè variare.*

355. QUÆRITUR 5. Quinam possint, aut soleant constitui rescriptorum executores, aut Iudices delegati. ℞. 1. Causæ Iurisdictionem involventes & ad forum Ecclesiasticum spectantes à Sede Apostolicâ ejusve Legatis committi debent personis habentibus vel dignitatem (h.e. præeminentiam Ecclesiasticam junctam cum Iurisdictione fori externi) vel personatum (hoc est Ecclesiasticam præeminentiam sine Iurisdictione

ctione) vel Canonicatum in Ecclesia Cathedrali. *Cap. statutum h. t. in 6.* ibi. *Sancimus igitur, ut nullis nisi dignitate præditis, aut personatum obtinentibus, seu Ecclesiarum Cathedralium Canonicis, causæ authoritate litterarum Sed. Apost. vel Legatorum ejusdem de cætero committantur, nec audiantur alibi, quàm in civitatibus, vel locis insignibus, ubi possit commodè copia peritorum haberi.* Porrò isti non sunt meri executores, sed simul Iudices: nam meri executores mandati sine ulla causæ cognitione, non indigent qualitate recensitâ; hinc v. g. Testium receptio, beneficii collatio & in possessionem missio sine ullius contradictione potest cuivis cæteroquin idoneo committi, v. g. simplici presbytero.

356. Cæterùm ex præcepto Concilii Trid. *sess.* 25. c. 10. *de Reform.* in quavis Diœcesi quatuor probati viri constituendi sunt prædictis qualitatibus præditi (inter quos est etiam Officialis principalis, qui in his partibus vocari solet Vicarius Generalis in spiritualibus) quibus, præter locorum Ordinarios causæ Ecclesiasticæ, seu ad forum Ecclesiasticum spectantes à Pontifice ejúsque Legato delegari possint. ibi. *Statuit S. Synodus, in singulis Conciliis Provincialibus, aut Diœcesanis aliquot personas, quæ qualitates habeant, juxta constitutionem Bonifacii VIII. quæ incipit.* Statutum. *& ad id alioquin aptas designari, ut præter Ordinarios locorum ijs etiam post hac causæ Ecclesiasticæ ac spirituales, & ad forum Ecclesiasticum pertinentes in partibus delegandæ committantur. Et si aliquem interim ex designatis mori contigerit, substituat Ordinarius loci cum Concilio Capituli alium in ejus locum usque ad futuram provincialem aut Diœcesanam Synodum: ità ut habeat quæque Diœcesis quatuor saltèm, aut etiam plures probatas personas, ac ut suprà qualificatas, à quibus hujusmodi causæ à quolibet Legato, vel Nuntio atque etiam à Sede Apostol. committantur.* Et hæc de Legibus, tanquam Præliminaria ad reliquos Tractatus præmittenda videbantur, ad quæ in progressu aliquoties recurrendum erit.



R. P. CHRI-

R. P. CHRISTOPHORI HAUNOLDI E SOCIETATE JESU,

TRACTATUS II.

DE JURE ET JUSTITIA IN GENERE,

DEQUE INJURIIS ET EAS REPARANDI OBLIGATIONE.

CAPUT PRIMUM.

DE NATURA JURIS ET JUSTITIÆ IN GENERE, PRÆSERTIM COMMUTATIVÆ.

CONTROVERSIA I.

Utrum possit assignari conceptus communis quatuor speciebus Justitiæ, qui non conveniat aliis Virtutibus quæ sunt ad alterum.

SUMMARIUM.



Justitiæ variæ significationes. 1.
Quatuor species Justitiæ. 2.
Duo Genera Virtutum Moralium. 3.
Justitia Legalis est Virtus specialis. 4.
Justitia vindicativa residet in Superiore. eod.
Discrimen inter Distributivam & Commutativam obiter assigoatur. 5.
Sententia Card. Pallavicini circa differentias 4. *sperum.* 6.
Justitiæ in genere, ut præscindit à 4. *speciebus, definitio.* 7. *& seqq.*
Laus & honor non sunt debitum privatum, sed præmium publicum. 12.
Quænam virtutes pariant obligationem gratitudinis. 13.
Veracitas & Fidelitas per quos actus mereantur Gratias. 14.

QUæstionem hanc primus, quod sciam, & unicus proposuit Eminentissimus Cardinalis

nalis Sforzia Pallavicinus in suo libello de Jure & Justitia, pro cujus resolutione.

1. Notandum est 1. Nomen Iustitiæ diversimodè sumi: primò enim sumitur pro observantia totius legis. Matth. 3. *Sic enim decet nos implere omnem Iustitiam.* Matth. 15. *Nisi abundaverit Iustitia vestra.* & Virgilius cecinit: *Discite Iustitiam moniti, & non temnere Divos.* 2. Sumitur à Theologis in tract. de Gratia pro Qualitate sanctificante & denominante hominem justum coram Deo & ordinatum intrinsecè ad æternam felicitatem: unde etiam ex parte denominabatur Iustitia Originalis primorum parentum, de quibus dictum est lib. 3. Hæ acceptiones ad præsentem tractatum non pertinent.

2. Notand. 2. Paulò strictiùs nomen *Justitiæ* receptissimo tum Theologorum tum Juristarum more attribui quatuor speciebus, nempe *Justitiæ Legali Vindicativæ, Distributivæ, Commutativæ*, de quarum differentiis in progressu constabit.

3. Notandum 3. Duo esse genera Virtutum moralium; aliæ sunt, quæ in suis operationibus non respiciunt immediatè alterum, sed ipsum suppositum seu subjectum in quo existunt, & hæ virtutes dicuntur esse *ad se.* aliæ verò sunt, quæ respiciunt alterum aliquo modo distinctum ab operante (sive realiter, sive Iuris fictione) & ideo dicuntur esse *ad alterum.* Prioris generis sunt: Temperantia, Fortitudo, Amor sui Patientia &c. Posterioris generis sunt: Misericordia, Pietas Gratitudo, Religio, Liberalitas, Munificentia, Obedientia, & quatuor Iustitiæ species enumeratæ. Circa quas

4. Notandum. 4. Iustitiam Legalem, prout communiter accipitur, esse Virtutem specialem, quæ inclinat ad procurandum bonum commune intentum per leges à Magistratu seu Principe latas propter conjunctionem sui tanquam partis cum communitate tanquam corpore uno politico, sicut Pietas inclinat ad exhibenda obsequia Patri propter specialem connexionem cum illo tanquam suo principio. Hujus itàque virtutis actus sunt, imperare & procurare reflexè actus aliarum virtutum & potentiarum quibus leges observantur, intendendo per hanc observantiam bonum commune, propter specialem honestatem & laudabilitatem quæ est in procurando bono communi. Hanc virtutem ait S. Th. 22. *q.* 58. *a.* 6. *in c.* esse architectonicè in Principe, secundariò verò seu administrativè in subditis. Et quidem quatenus residet in subditis, est quædam species Obedientiæ, ut tradit Lessius *lib.* 2. *de Just. c.* 1. *n.* 19. ex Aristotele.

Notandum 5. Iustitiam vindicativam residere propriè in superiore habente potestatem puniendi delicta pro gravitate delicti pœnam condignam infligendo, de qua tamen disputare nostræ intentionis non est.

5. Notandum 6. Iustitiam Distributivam versari circa distributionem commodorum & onerum communium, ut officiorum, inter membra Communitatis, servatâ proportione ad merita singulorum invicem comparata.

Notandum 7. Iustitiam Commutativam, quæ est antonomasticè magìsque strictè Iustitia in scholis tractanda, esse illam, quæ tribuit unicuique suum absque respectu ad merita, & absque comparatione unius ad alia membra Communitatis, ut deinceps ex instituto declarabitur. His observatis: circa Quæstionem in Titulo propositam

6. Docet Card. Pallavicinus, quatuor enumeratas species Iustitiæ convenire inter se, & ab aliis virtutibus *ad alterum* differre in hoc prædicato: quòd non mereantur aliquam gratiarum actionem vel retributionem ab eo faciendam, erga quem ex obligatioue exercentur, etiamsi talis obligatio non sit instituta in bonum solius obligati. Sensus est. Aliæ virtutes *ad alterum* habent hoc, ut quamvis quandoque non mereantur gratiarum actionem per suas operationes ex obligatione ergà alium præstitas, nempe tunc, quando obligatio est proximè & completè instituta in bonum ipsius obligati, attamen per alias operationes ex obligatione in bonum alterius institutâ exercitas semper merentur aliquam gratiarum actionem & recompensationem. Econtra quatuor species Iustitiæ ne quidem tunc merentur gratiarum actionem, quando exercent operationes ex obligatione in bonum alterius instituta.

Contra hanc doctrinam opponi possent aliqua, quibus ut obviari possit, majore declaratione opus est.

7. DICO. Iustitiam in genere, prout sub se unicè comprehendit quatuor enumeratas species, posse sic definiri. Iustitia est Virtus ad alterum, cujus actiones ex obligatione factæ nunquam generant in altero obligationem gratiarum actionis seu gratitudinis. Ut bonitas definitionis constet, duo declarando sunt, primum, quòd conveniat quâtuor illis speciebus: secundum, quòd non conveniat aliis.

Et primò quidem manifestè convenit Iustitiæ commutativæ: nam (exempli gratia) si emam à te equum justo pretio, tibi pretium tradam, & tu vicissim mihi equum, nec ego tibi, nec tu mihi teneris ad ulteriorem retributionem aut gratiarum actionem, nam ego ad æqualitatem solvi, & nihil tibi donavi. Rationem à priori conatus est reddere Card. Pallav. his verbis. [Naturà bona quædam condidit in emolumentum creaturarum rationalium, quæ voluit à quibuscunque possideri secundùm convenientem portionem: noluit proinde ut eam bonorum portionem accipiens mediante justitia commutativâ teneretur ad quidquam rependendum, cùm eo ipso natura non integrè dedisset hæc

hæc bona, si accipientes ad aliquid retribuendum obligâsset.] Verùm hæc ratio (ut non dicam continere petitionem principii) pluribus replicis obnoxia est. Nam primò qui alteri donat equum, etiam dicitur equum integrè dedisse, & tamen obligat ad gratiarum actionem: cur non ergo, quando quis dat ex Iustitia commutativa? secundò multa dantur ex Iustitia commutativa non tamen integrè, ut qui conductori locat domum: idem patet in Usufructu, Emphytheusi, & sexcentis aliis: ergo pro his casibus non procedit adducta ratio, sed alia quærenda est. Ratio ergo à priori (si qua reddi potest,) hæc esse videtur. Quidquid bonorū acquirimus mediante Iustitiâ commutativa ab altero, illud necesse est aliquando fuisse in alicujus potestate primò & independenter ab alio homine conferente, quia non potest dari processus in infinitum: debet ergo semper fuisse aliquis primus qui dominium comparavit v.g. inventione, effectione, ædificatione, occupatione &c. Qui ergo primus aliquid habet ut suum, utique nemini debet gratias, cùm à nemine acceperit: quando ergo vult in alterum transferre ex Iustitia commutativa, v.g. vult vendere fundum justo pretio, tunc sicut vult accipere pretium sine obligatione agendi gratias, ita debet velle transferre dominium fundi in emptorem quin illum obliget ad gratiarum actionem; quia hoc ipso quòd servanda sit æqualitas, vult unusquisque non minus habere in bonis suis quàm prius habuit. Hinc etiã fit, quòd si ego tibi venendam equum, quem alius mihi dono dedit & ad gratiarum actionem obligavit, non transferam in te unà cum equo obligationem gratiarum actionis, sed hæc maneat penes me. ratio est, quia ego volo pro æqualitate pretii transferre equum cum eâdem libertate quâ eum habuit primus qui à nullo accepit.

8. Secundò ostenditur, conclusionem etiam verificari in Iustitia Distributiva, quando exercetur ex obligatione erga Communitatem, ostenditur, inquam, illos qui accipiunt bona pro ratione meritorum, non teneri ad gratiarum actionem. Ratio est, quia quando sic distribuuntur, illa distributio fit ab Administratore bonorum communium ex Iustitia commutativa qua ipse obligatur Reipublicæ ad bona sic distribuenda: ergo non debetur illi ulterior gratiarum actio, sed habet suum salarium & compensationem aliunde: vult enim Respublica, ut illa bona distribuantur cum eâdem efficacia & plenitudine, quâ prima rerum divisio facta est, quæ nullam induxit obligationem antidoralem. Denique Administrator non distribuit bona sua, sed bona communitatis. Constabunt hæc melius ex dicendis de natura Iustitiæ distributivæ.

9. Objicies. Deus per Iustitiam Distributivam largitur præmia cum proportione ad merita & tamen obligat nos ad gratiarum actionem: ergo nostra Conclusio non est universaliter vera. ℞. In Deo non dari Iustitiam distributivam propriè dictam, & ut infra eam declarabimus. *prout in opere Theologico lib. 4. probatum est. tr. de Incar.* Deinde distributio præmiorum quæ à Deo fit, non fit ex obligatione propriè dictâ, quæ in Deum non cadit, ut ostendi tract. de Incarn. & docet S. Augustinus *lib. 1. Conf. c. 4.* dicens. *reddit debita nulli debens.* Et S. Thomas 1. 2. *q. 111. a. 1. ad 2 non ita*, inquit, *datur debitum in Deo, ut Deus creaturæ obligetur, sed potiùs in quantum creatura debet subjici Deo, ut in ea divina ordinatio impleatur.* Denique ipsa nostra merita sunt Dei dona, ut docetur in tr. de Gratia, & habetur in Conc. Trid. jam ergo intercedit liberalitas, & non mera Iustitia distributiva. ergo mirum non est, quòd mereatur gratiarum actionem.

10. Tertiò idem ostenditur in Iustitia Vindicativa. Hæc enim utique non obligat ad gratiarum actionem aut aliquam retributionem illum qui ob delicta sua condignè punitur: pœna enim quà talis est mala punito, & instituta ad absterrendum à culpa: esset autem absurdum obligari ad gratiarum actionem pro malo ut malo. sanè esset lex inutilis, quia à nemine observaretur.

Dices. Pœna sæpe habet utilitatem non solùm in comminatione sui, sed etiam in executione, quod est proprium pœnæ medicinalis. ℞. Pœnam medicinalem formaliter quà talem non habere rationem pœnæ, nec ut talem infligi à Iustitia Vindicativa, sed à paterna vel fraterna correctione.

11. Quartò denique ostenditur idipsum in Iustitia Legali. hæc enim per suos actus cum obligatione factos non obligat superiorem ad Gratiarum actionem pro observantia legum, quia Iurisdictio non datur superiori in bonum ipsius superioris tanquam ultimum finem, sed in bonum subditorum: cur ergo pro observantia deberet agere gratias?

12. Objicies. Qui leges observat, meretur laudem & honorem: ergo meretur aliquam retributionem. ℞. Hoc nimium probare, quia etiam qui observat Iustitiam commutativam, meretur laudem & honorem; & tamen nemo dicit, eum mereri gratiarum actionem. ℞. 2. Laudem & honorem non esse debitum privatum & hominis privati quà talis cui sit exhibitum beneficium, sed esse præmium quoddam publicum, & à tota communitate debitum: nos autem hîc excludimus illam gratiarum actionem ad quam tenetur privatus ob beneficium sibi exhibitum, ut donatarius donatori, mendicus eleemosynario &c. Eodem modo debentur præmia observantibus leges, non à legislatore quà tali, sed ab eo ad quem pertinet Iustitia distributiva, & est remuneratio publica, non privata.

13. Restat nunc probanda altera pars Conclusionis, nempe, quòd aliæ virtutes ad alium

lium pariant obligationem retribuendi saltèm per actus principaliores propter quos sunt illæ virtutes institutæ. Probatur autem ex eo, quòd hujusmodi virtutes, ut pietas, liberalitas, misericordia, Charitas, gratitudo, veracitas, fidelitas, sunt à natura institutæ in bonum alterius erga quem exercentur; & hoc ideo, quia sic fovetur reciprocus affectus inter membra Communitatis, quo sanè nihil est præstantius, & ad conservandam Rempublicam accommodatius.

14. Objicitur, veracitas & fidelitas obligant ad non loquendum tunc, quando verba non essent conformia menti, nec facta verbis: sed propter tale silentium nemo agit gratias: ergo datur adhuc alia virtus ad alterum, quæ non meretur gratias. ℟. 1. Distinguendo majorem: & tale silentium est actus præcipuè intentus à tali virtute nego: non est principaliter intentus concedo; & transmissâ minore distinguitur eodem modo consequens: datur alia virtus, quæ non meretur gratias per actus minùs principales concedo, per actus principales nego. Principalis actus veracitatis est, velle loqui conformiter menti, & talis actus meretur gratiarum actionem, cùm audienti bonum sit, doceri veritatem; item fidelitatis actus principalis est præstare promissa, quod bonum est alteri. Responderi posset. 2. etiam pro prioribus actibus, nempe pro silentio seu omissione mendacii & falsæ promissionis deberi gratias, (quamvis hoc negat Pallavicinus.) Ratio est, quia revera optabile cuivis est, alterum tacere potiùs, quàm mentiendo exponere periculo deceptionis: qui ergo in mei gratiam omitteret mendacium, etiamsi nihil me doceret, mereretur gratiarum actionem, & saltèm hoc mereretur, ut & ego in illius gratiam non mentirer. Neque movet me fundamentum Pallavicini in oppositum, dum ait, hujusmodi obligationem negativam ad non loquendum verba difformia menti, & non promittendum, quod nolis præstare, esse institutam in bonum solius obligati. Revera enim hæc obligatio tam est instituta in bonum aliorum, quàm ipsius obligati: intendit enim natura per talem obligationem hoc, ut homines inter se inveniant fidem; hanc autem fidem intendit propter humanum commercium inter homines, quòd sine fide non staret: hoc autem commercium non magìs est bonum illius, qui obligatur ad non mentiendum, quàm illorum, qui tali adhibent fidem, ut consideranti patet.



CONTROVERSIA II.

Quomodo definienda sit Iustitia Commutativa.

SUMMARIUM.

§. I.

Difficultas communis Definitionis proponitur.

15. Iustitia particularis definitur ab Ulpiano in l. 10. ff. de I. & I. *Constans & perpetua Voluntas Ius suum cuique tribuendi.* Recipitur ab omnibus, Theologis, Iuristis, Philosophis moralibus. Sensus legitimus est, Iustitia est Habitus, seu

seu Virtus inclinans ad volendum tribuere cuivis omne, ad quod Ius habet adversus se, ut à se tribuatur, quod fit, vel reparando, si læsum est, vel non lædendo, si adhuc integrum est, adeoque ponendo illam actionem vel omissionem actionis, ad quam à me ponendam alter jus habet.

Ex hac definitione apparet, Objectum Iustitiæ esse Ius alterius. Omnis enim Virtus definitur in ordine ad suum objectum: Iustitia verò definitur in ordine ad Ius.

16. Hinc nata est inter Theologos quæstio admodum intricata, quid sit hoc Ius, quod est objectum Iustitiæ: si enim Iustitia definitur per ordinem ad Ius, debet aliunde notum esse, quid sit hoc Ius, alioquin definitio explicat ignotum per ignotum. Iam verò si quæratur, quid sit hoc Ius, quod respicitur a Iustitia, respondent DD. communiter, Ius nihil esse aliud, quàm omne id quod debetur ex Iustitia, & sic declarant Ius per ordinem ad Iustitiam, & committunt circulum tam manifestè vitiosum, ac committeret ille, qui interrogatus, cujus filius sit, responderet: *mei Patris*: & iterum quærenti, quis sit illius pater, responderet: cujus ego filius sum.

17. Respondebis fortè primò: Ius aliud non esse, quàm debitum, seu, quod alteri debetur. sed Contra. Multa sunt debita, quæ tamen non debentur ex Iustitia: ergo licèt omne Ius sit debitum, non tamen omne debitum est Ius. ergo Ius non convertitur cum Debito. antecedens patet: Nam ex obedientia, Religione, Gratitudine, Pietate, Charitate, nascuntur debita, & tamen hæc non sunt debita ex Iustitia.

18. Respondebit alius 2. Ius non esse debitum qualecunque, sed *æquale*. Contra. 1. Etiam obedientia, Pietas &c. respiciunt aliquam æqualitatem, v.g. præcipitur jejunium, debes præstare jejunium, quo adæquetur præceptum. Contra 2. Omne *æquale* dicit duos terminos: restat ergo tibi explicandus alter terminus cui debet Ius esse æquale. v.g. Restitutio Equi quæ est Ius passivum, debet esse æqualis Iuri activo, quod alter habet ad hanc restitutionem. Iam verò Ius activum & passivum, utpote correlativa patiuntur eandem obscuritatem, & explicationis difficultatem.

19. Respondebis iterum cum Lessio *lib.* 2. *c.* 2. *n.* 1. & Molina *tr.* 2. *d.* 1. Ius esse facultatem aliquid faciendi sive obtinendi, aut in eo insistendi, vel aliquo alio modo se habendi, cui si sine legitima caussa contraveniatur, injuria fit eam facultatem habenti. Est ergo Ius quasi mensura Injuriæ. Sed contra. Hoc modo declaratur Ius per Injuriam. Injuria autem est formalissimè negatio Iustitiæ, seu injustitia. Injustitia autem est ignotior quam Iustitia, sicut omnis negatio formæ est ignotior quàm forma opposita, & est explicanda per ordinem ad ipsam formam, v.g. tenebræ per ordinem ad lucem: ergo à primo ad ultimum adhuc hæremus in eodem circulo vitioso, quia Iustitia explicatur per Ius, Ius econtra per Injustitiam, & denique Injustitia per Iustitiam.

Trium DD. placita referenda & examinanda sunt, priùs tamen aliquas Iuris acceptiones referre necesse est, ad cavendas æquivocationes.

§. II.

Variæ Juris acceptiones, & alia notatu digna præmittuntur explicationi Iuris ut est objectum Justitiæ.

20. Notandum 1. Ius esse nomen æquivocum, & diversimodè sumi, primò sumitur pro Arte quâ cognoscitur Iustum, quo sensu definitur *l. 1. ff. de J. & J. Ars, æqui & boni* & aliud non est quàm ipsa Iurisprudentia. Sicut enim omnes virtutes morales à Prudentia diriguntur, ità specialiter Iustitiæ Virtus à Iurisprudentia dirigitur, cujus est tradere regulas Iusti & Æqui. Hinc 2. ipsæ regulæ seu leges vocantur Ius, quo sensu Ius dividitur in Ius Canonicum & Civile 3. accipitur Ius pro loco ubi administratur Iustitia: sic dicitur quis in Iure comparere. 4. sumitur Ius pro potestate, facultate seu titulo ad aliquam rem vel actionem, vel omissionem actionis obtinendam, cujus violatio sit Injuria, & vocari solet: *Ius proprietatis activum:* posset etiam vocari *Ius formale.* 5. sumitur pro termino illius Iuris activi, hoc est, pro Iusto, seu debito. sic dicunt latini, aliquem obtinere Ius suum, & hoc vocatur *Ius passivum*, atque est illud ipsum quod est objectum Justitiæ, & quod in præsenti declarandum est, nec sine declaratione Iuris activi intelligi potest, cùm sint correlativa.

21. Notandum 2. Terminum immediatissimum Iuris activi semper esse actionem, vel omissionem actionis, sive sit illius, qui dicitur habere Ius, sive sit alterius, qui dicitur obligatus ex Iustitia ad talem actionem præstandam, vel permittendam. v. g. ego habeo jus comedendi meum cibum, & ut nemo me à comestione impediat. Ecce! hoc Ius, quod à Juristis vocatur *Ius in Re* immediatissimè versatur circa comestionem, quæ est quoddam exercitium dominii, ac dispositio libera de re mea: versatur item hoc jus immediatissimè circa negationem actionis alienæ, quæ esset impeditiva comestionis meæ. Ulterius quando tu mihi debes equum emptum, vel pecuniam mutuò acceptam, vel librum donatum, sed necdum traditum, habeo jus *ad Rem*, quod licet aliquo modo respiciat equum, pecuniam librum, immediatè tamen respicit tuam actionem, quâ tu mihi tradas equum, pecuniam, librum.

22. Hinc autem constat, Ius passivum meliùs explicari per actionem, vel omissionem actio-

actionis, quàm per rem aliquam corporalem, circa quam habeamus jus disponendi & utendi: nam, ut vidimus, terminus immediatissimus juris activi, semper est, vel actio vel omissio actionis, at verò non semper invenitur res corporalis, quæ sit terminus juris, ut cùm habeo jus ad restitutionem famæ & honoris: Imò, sistendo etiam in rebus corporalibus non semper res corporalis est id circa quod habemus Ius, quamvis habeamus Ius, ne alius nos impediat ab acquisitione talis rei corporalis. v. g. ego non habeo Ius, ut scribar & fiam hæres bonorum Pauli, & tamen habeo Ius, ne Petrus dolo, fraude, aut metu efficiat, ne fiam hæres.

23. Notandum 3. Aliam actionem esse justam negativè, aliam positivè. Actio negativè justa est, quam ego dicor ponere sine læsione Iuris alieni, eò quod nemo habeat Ius ad omissionem illius, & ideo ego dicor habere Ius ponendi illam: hujusmodi autem actio non est actus justitiæ in illo, à quo fit. v. g. quando comedo meum cibum, non dicor tali actione exercuisse justitiam, quia nemini tribui jus suum, sed usus sum jure meo. Aliæ verò actiones sunt justæ positivè, & exercentur à Iustitia & ex motivo justitiæ, à qua imperantur, & cujus sunt objectum immediatissimè volitum, v. g. traditio equi venditi, restitutio rei furto ablatæ, &c. nam ad has actiones emptor & dominus rei ablatæ habent jus; & qui illas actiones ponit, sicut ponere tenetur, nempe venditor & fur, dicuntur exercere Iustitiam, tribuendo alteri suum jus passivum. Imò sæpè etiam omissio alicujus actionis dicitur justa positivè, v. g. omissio vulnerationis, quâ te læderem, omissio violentiæ, aut furtivæ surreptionis, &c. Hinc iterum apparet, jus passivum & objectum justitiæ rectiùs explicari per actionem justam positivè, quàm per illam quæ tantùm est justa negativè. illa enim, & non hæc est actus imperatus à justitia, & objectum illius, ut ostensum est.

24. Notandum 4. Duplicis generis obligationes inter homines reperiri: aliquæ sunt omninò independentes à voluntate illius erga quem exercentur, & cui obligamur: v. g. filius obligatur patri ex pietate, & hanc obligationem non potest pater cedendo tollere: maneret enim in filio, etiamsi pater nollet filium esse pium erga se: pari modo charitas obligat ad cavenda scandala proximi, ad subveniendum constituto in extrema vel etiam gravi necessitate, etiamsi proximus nollet sibi subveniri. Unde hæ & similes virtutes non habent pro mensura suæ obligationis voluntatem alterius. Aliæ sunt obligationes, quæ aliquo modo pendent à voluntate aliena saltèm radicaliter, & vel realiter, vel Iuris fictione seu civiliter, supplente nimirum lege voluntatem alterius, adeóque habent alienam voluntatem pro mensura. Hujusmodi obligationem habet subditus erga superiorem cui tenetur obedire eatenus, quatenus superior vult. Hujusmodi est etiam obligatio justitiæ, v. g. obligatio restituendi ablatum, non auferendi alienum, &c. Pendet enim à voluntate alterius habentis Ius ad restitutionem: si enim is cederet jure suo realiter, vel civiliter, prout, per se loquendo, cedere posset, hoc est, si nollet me ampliùs obligatum ad restituendum, vel si daret facultatem auferendi, hoc ipso cessaret in me obligatio, & ex hoc capite nascitur illud effatum infrà declarandum: *Volenti non fit injuria.*

25. Dixi primò. *saltem radicaliter* quia aliquando voluntas habentis jus est ligata ex dispositione Magistratûs, v. g. voluntas pupilli, uxoris, minorennis, Clerici, Religiosi, filii fam: &c. ità ut in quibusdam casibus non possint cum effectu cedere jure suo, etiamsi vellent: & in illis casibus eorum voluntas moraliter loquendo est voluntas Tutoris, Curatoris, Mariti, Magistratûs &c. à qua voluntate pendet obligatio aliorum.

26. Dixi. 2. *Vel realiter vel fictione juris & civiliter &c.* nam infans licet nullum habeat voluntatis usum, & ideo non possit per actum proprium alterum obligare, nihilominus est capax Iuris, & Injuriæ accipiendæ, quia altior voluntas habens Iurisdictionem in infantem supplet voluntatem infantis, & tamdiu loco infantis obligat alios, quamdiu infans caret propriâ voluntate & legitimâ ætate. & in hoc casu Ius infantis est denominatio à forma extrinseca. Simile quid est in Hæreditate jacente, quæ est Persona ficta.

27. Notandum 5. Inter obligationes pendentes à voluntate alterius eámque habentes pro mensurâ iterum esse discrimen maximè faciens ad nostrum propositum. Aliquæ enim procedunt à tali potestate obligantis, quæ non aliter est instituta à natura, neque titulus in quo fundatur, plus tribuit, quam ut obligatio quam inducit per se tendat in bonum ipsius obligati, ità ut, si obligatio illa potius esset nociva quàm proficua obligato, hoc ipso obligatio esset nulla, & irritus esset actus, quo alter attentâsset obligare. Hujusmodi sunt omnes obligationes ex obedientia præstandæ. Nam potestas legislativa & præceptiva superioris qui non sit dominus, non se extendit, nisi ad actus obligatorios in bonum subditorum. Lex enim definitur: Ordinatio rationis facta in bonum commune ab eo qui curam habet communitatis.

Econtra aliæ obligationes fundantur in tali titulo, qui tribuat potestatem obligandi etiam præcisò omni commodo obligati, adeóque obligandi in merum commodum vel beneplacitum obligantis. Quodsi obligans simul etiam intendat bonum obligati, per accidens est ad vim obligandi, nec est necessarium, quia non est necesse, ut id ad quod obligat, cedat in utilitatem obligati.

28. No-

28. Notandum 6. Titulum seu Potestatem hujusmodi obligationis inducendæ dividi in Originalem seu Primævum, & in non primævum, hoc est, qui supponat alium titulum priorem, qui præexstiterit in alio. Primævus titulus pluribus modis haberi potest. Et imprimis talem titulum acquisiverunt homines per primam rerum divisionem, quæ quia facta est ex consensu gentium, vocatur à Iuristis: *Divisio Juris gentium.* Hac divisione non oportebat comprehendi illas res, quas nullo modo expediebat possideri ab ullo ad plenum ejus beneplacitum, sed oportebat esse communes: hujusmodi est aër, cujus libero usu ità opus habemus, ut Societas hominum consistere non posset sine libero & licito aëris usu: Aliæ res sunt, quæ non satis conducerent ad fælicitatem humanam post tantam generis humani multiplicationem, nisi subessent certo beneplacito cum prohibitione aliorum, & hæ debebant vel à principio vel temporis successu dividi, ut deinceps quisque sua curaret sedulò, & plurimorum otium caveretur, résque meliorarentur: quod non fieret, sed potiùs in pejus abirent, si omnia omnibus communia essent. Non poterant autem, nec debebant res ità dividi ad amussim, ut nihil maneret indivisum & commune, aut deinceps primò occupandum, alioqnin omnis terra penetranda, omnes feræ, pisces, avésque capiendæ fuissent.

29. Secundus titulus primævus provenit à designatione naturæ, quæ statim ab initio & origine sua singulis hominibus quædam addixit tanquam instrumenta fœlicitatis suæ comparandæ, v.g. potentias vitales & membra corporis, quæ primò & principalissimè nostra sunt & maximè propria. Et hic titulus est omnium efficacissimus & antiquissimus, prævalens etiam titulo effectionis, ut postea videbimus.

30. Quoad cæteras res, quæ nec à natura, nec gentium consensu fuerunt assignatæ, triplex adhuc titulus primævus superest, quo illa nostro arbitrio & beneplacito subjiciuntur, aliis ab eorum arbitrario usu exclusis: nimirum: Venatio, inventio, & effectio. His enim tribus modis res aliquæ ponuntur in humano commercio, & redduntur primitùs aptæ ad usus humanos v.g. feræ per capturam, gemmæ per inventionem, domus aliaque artefacta per effectionem. Excipitur tamen effectio hominis, quem ob præstantiam suæ dignitatis, & ob propriæ fœlicitatis capacitatem ipsa natura excepit, tribuendo illi suorum membrorum liberum usum, ad suum commodum; adeoque noluit natura hominem præcisè vi effectionis obligari suæ causæ effectrici, hoc est parentibus, præcisè in eorum placitum & utilitatem. Quod quidem ipso naturæ lumine notum est, adeo, ut leges sæpiùs moneant, servitutem introductam esse contra naturam, quia natura ex sua parte omnes homines liberos nasci voluit, & meritò; hoc enim vel maximè necessarium erat ad fœlicitatem generis humani. Si enim omnes filii essent parentum servi, quis non videt, quantopere minueretur industria hominum in excolendis naturæ dotibus & potentiis, quando non in suum, sed tantummodo dominorum suorum commodum illa omnia referenda essent.

31. Nihilominus hæc ipsa exceptio iterum limitanda est, & omninò fatendum, quòd etiam ipsius hominis effectio saltèm pro aliquo casu possibili sit ex naturæ indulgentia sufficiens titulus, ut possit Pater obligere filium in commodum suum, hoc est parentis, nimirum in casu tantæ necessitatis, ob quam Theologi & Jure Consulti docent, filium teneri præstare alimenta parenti, imò posse filium non emancipatum vendi à patre in servitutem. Pro illo siquidem casu habet pater dominium quoddam eminentiale & altum in filium, sicut habet Respublica in bona temporalia subditorum, quæ potest usurpare ad sublevandam necessitatem Reipublicæ. Imò similem titulum concessit natura singulis hominibus, ut in casu extremæ necessitatis possent obligatos habere quoscunq; alios, ne sibi resisterent in usu rerum necessariarum ad sublevandam extremam necessitatem per media necessaria, de quo videri potest Lugo, & egimus in opere Theol. lib. 3. & hæc de titulis primævis.

32. Tituli non primævi sunt, qui fundantur in alio titulo priore, qui saltèm Iuris fictione aut præsumptivè præcessit in alio: hujusmodi sunt omnes tituli orti ex quocunque pacto, conventione, aut voluntate alterius, qui nobis Ius aliquod confert, v. g. donatio, venditio, &c. neque enim posses mihi donare, aut vendere librum cum aliqua efficacia, nisi tu prius ex aliquo titulo librum habuisses, aut habuisse præsumereris. Porrò necessarium erat, ut homines per hujusmodi voluntates possent efficaciam sui tituli in alium transferre; neque enim possumus omnes exercere sutoriam, & sic de aliis. His ità prænotatis restat nunc explicandum Ius quod est objectum justitiæ, & ostendendum, quomodo per ordinem ad illum Iustitia ab aliis virtutibus distinguatur. Priùs autem aliorum sententiæ sunt referendæ.

§. III.

Sententia Cardinalis de Lugo.

33. SEntentia & explicatio hujus Auctoris est, Ius aliud non esse, quàm prælationem seu præferibilitatē, quam quis habet supra alios seu præ aliis respectu alicujus rei usurpandæ in propriam utilitatem, ex aliqua peculiari connexione physicâ quam habet cum illa re. Porrò illa connexio physica aliud non est, quàm titulus primævus suprà explicatus not. 6. Prælatio verò seu præferibilitas aliud non est, quàm æstimatio, seu

seu Iudicium prudentum, quòd huic homini licitus sit usus talis rei in suum præcisè commodum, aliis verò sit illicitus eius usus invito illo alio. Exemplo rem declarat Auctor in venatione feræ, & ædificatione domûs. Qui enim capit feram, vel ædificat domum, habet physicam connexionem cum fera & domo propter quam in talium rerum usu est aliis præferendus. Quando verò aliquid ex his donamus vel vendimus, tunc volumus, ut donatarius, aut emptor præferatur in usu feræ, vel domûs, sicut venator, aut ædificator præferebatur ob titulum primævum.

34. Advertendum est, in hac sententia (sicut & in duabus sequentibus) explicari Ius activum, quo intellecto facile est designare Ius passivum, quod propriè est objectum Iustitiæ.

DICO 1. Hæc explicatio, etsi veritati magnam lucem attulerit, non est tamen ultimata. Probatur 1. Quia explicat Ius tum per causam efficientem Iuris, tum per ejusdem Juris effectum: ergo non explicat formaliter, nec per prædicata intrinseca Iuris. Primum membrum probatur, quia connexio illa physica est causa sufficiens ipsius juris, & non est ipsum jus formaliter loquendo, sicut ira non est ipsa accensio sanguinis circa cor, sed ejus causa, ut bene dixit Pallavicinus. Secundum membrum probatur, quia illa præferibilitas, seu prælatio residens in intellectu, vel voluntate aliorum est potiùs effectus juris: ideo enim alii præferunt venatorem in usu feræ captæ aliis non capientibus, quia agnoscunt in illo Ius, vi cujus obligantur ità præferre, & ille meretur ità præferri.

Probatur 2. Quia hæc explicatio non distinguit obligationem ex justitia ab obligatione aliarum virtutum ad alterum, v. g. à pietate. Nam filius debet patri ex pietate cultum & obsequium externum, quæ obligatio non minus fundatur in connexione physica patris cum filio, scilicet in generatione, quàm fundetur obligatio præstandi alimenta in casu necessitatis, & tamen hæc posterior obligatio est ex justitia, prior verò solùm ex pietate, & quidem utraque dirigitur in commodum & utilitatem ipsius patris.

35. Probatur 3. Quia, ut benè advertit Pallavicinus, non sufficit ad fundandam prælationem, seu præferibilitatem connexio illa physica nudè & secundùm se spectata, alioquin quando operarii faciunt domum, fierent hoc ipso domini domûs propter illam physicam connexionem effectionis: item qui invenit gemmam in littore, si nolit esse suam, non acquirit Ius, & tamen habet illam physicam connexionem: ergo requiritur præterea voluntas non impedita habendi illud jus: ergo jam explicatur *Ius*, per *Ius*, quod est vitium, vel certè desideratur ulterius explicatio objecti huius voluntatis.

36. Probatur 4. Explicatio Lugonis solùm procedit de illis actionibus, quæ sunt justæ solùm negativè, juxta *notand.* 3. non verò procedit de illis, quæ sunt justæ positivè, & tamen hæ sunt principale objectum justitiæ, ut ibid. dictum est. Explicat enim jus per prælationem aliorum in usu illius rei, qui usus est Juris exercitium, ut est comestio sui panis, equitatio sui equi, &c. Ulteriùs illa explicatio solùm convenit Iuri in re, non item juri ad rem: nam qui habet tantùm Ius ad Rem, necdum præfertur aliis in usu illius rei, sed priùs debet obtinere traditionem rei, ut patebit ex dicendis. Denique eadem explicatio non est etiam ex alio capite universalis, quia datur sæpe jus adversus alium, ne aliquid agat, quin detur jus utendi aliqua re, v. g. habeo jus, ne alius dolo malo impediat testatorem, ne me scribat hæredem, ut fatetur ipse Lugo, & tamen non habeo jus utendi hæreditate, antequam scribat hæres.

§. IV.

Sententia P. Martini Esparza.

37. Hic Auctor definit Ius proprietatis, quòd sit: *Facultas libera disponendi circa Rem, vel personam quoad usus, vel actiones lege permissas, non impedibilis licitè ab aliis, ordinata vel ordinans suum subjectum ad propriam felicitatem seu commodum proprium.*

38. DICO 2. Neque hanc definitionem mihi undique expeditam videri. Impugnari solet à quibusdam hæc definitio istâ instantiâ. Qui gladium apud me deponit, habet utique Ius in suum gladium, & tamen casu quo uti vellet suo gladio ad committendum homicidium, posset licitè impediri ab usu talis gladii, nec tenetur depositarius dare gladium petenti. Cæterùm hæc instantia non stringit, Nam licet Dominus gladii habeat jus in suo gladio, non tamen habet Ius utendi gladio, quocunque modo; nempe non habet jus nocendi alteri, imò alter habet jus adversus Dominum gladii, ne utatur tali modo suo gladio: non possunt autem dari duo Jura contraria, alioquin esset bellum utrinque justum. Sic licet habeam jus utendi membris meis, non habeo tamen jus occidendi me, vel alium, &c. Hâc ergo impugnatione prætermissâ.

39. Probatur Conclusio. Vel per usum non licitè impedibilem ab alio intelligit hic Auctor duntaxat actiones proprias ipsius habentis jus, vel intelligit etiam actiones aliorum, quæ nobis debentur, & de quibus disponimus illas exigendo. Si dicat primum, contra opponi potest, quia definit jus in ordine ad actiones tantùm negativè justas, quod est inconveniens tum ob rationem superius datam, tum etiam ex eo capite, quòd hoc modo Ius passivum consisteret in mera non impeditione actionum, quod fal-

sum

ſum eſt. Si verò dicat ſecundum, contra eſt, quia ſic auctor non oſtendit, quomodo differat Ius proprietatis à facultate patris exigendi opera pietatis à filio, quæ facultas etiam non eſt licitè impedibilis à filio, & tamen ſi illa opera non præſtat filius, non peccat contra juſtitiam, ſed ſolùm contra pietatem. Cæterùm, quidquid ſit de hoc ultimo, mihi certum eſt, auctorem tantùm loqui de actionibus negativè Iuſtis, loquitur enim de poteſtate libera phyſica, qualem non habemus circa actiones alienas. Ex dicendis tamen apparebit, hanc definitionem ad bonum ſenſum accommodari poſſe.

§. V.

Refertur Sententia Cardinalis Pallavicini.

40. DEfinit auctor Ius proprietatis, quòd ſit: *Poteſtas obligandi alterum per voluntatem ipſius habentis Jus, quâ velit oppoſitum alicujus actionis, vel omiſſionis eſſe illicitum ex motivo ſui placiti.*

Contra hanc doctrinam inſurgit P. Martinus Eſparza primò, quòd ipſum definitū ponatur in definitione, dum dicitur: *Ipſius habentis Jus.* Ad hoc tamen poſſet reſponderi, Pallavicinum aliùd noluiſſe dicere, quàm quòd illa obligatio debeat eſſe pendens à voluntate & arbitrio proprio illius, cui alter obligatur, ut hæc obligatio diſtingueretur ab aliis obligationibus, v. g. pietatis, charitatis, gratitudinis, &c. Neque abſurdum eſt, in definitione alicujus formæ ponere tandem nomen ipſius formæ, prout ſignificat illam formam ſub conceptu confuſo & vulgari, v. g. ſub conceptu Entis, ſicut ſi quis diceret: *Vbicatio eſt forma phyſica conſtituens in ſpatio determinato illud, cui inhæret talis ubicatio.* Poſſet ergo breviùs ex mente Pallavicini dici: *Ius eſt poteſtas obligandi voluntariè alterum, quâ velit oppoſitum, &c.*

41. Meliùs impugnat idem Auctor ſecundò. Non omnis obligatio juſtitiæ eſt effectus dependens & procedens à voluntate illius, in cujus favorem cedit talis obligatio, prout ſupponit definitio Pallavicini. Probatur. Nam antecedenter ad omne exercitium voluntatis ſunt nobis aliquæ actiones licitæ, & ad illas habemus Ius, & alii ſunt obligati ex Iuſtitia, ne impediant tales actiones, ſicut etiam ſunt obligati non lædere in bonis corporis: cujus Ratio eſt, quia dum alicui natura favet illi dando Ius ſeu licentiam faciendi, hoc ipſo, & in eodem ſigno gravat alios, ne talem actionem impediant. Verùm prætermiſsâ etiam hâc impugnatione.

42. DICO 3. Neque Pallavicini definitionem videri ſatit expeditam. Probatur. Quia fieri poteſt, & de facto contingit, ut ille, qui habet Ius activum proprietatis, poſitivè velit à ſe abdicare tale Ius, & nolit alios habere ſibi obligatos, cùm tamen reverà maneant obligati, eò quòd voluntas ſuperioris habentis Iuriſdictionem, velit hîc & nunc irritam & nullam talem voluntatem ſibi ſubordinatam, eámque ſuppleat in ordine ad alios obligandos ex Iuſtitia: ſic in Iure plures Perſonæ ſunt impeditæ & inhabiles ad diſponendum de rebus ſuis. Et quantumvis conarentur res ſuas alienare, reverà nihil efficerent, & qui ab illis acciperet, teneretur ex Iuſtitia teſtituere. Atqui talis obligatio non proveniret realiter à voluntate ipſius habentis Ius: Ergo niſi hæc voluntas aliter explicetur, definitio allata non eſt ſatis univerſalis.

§. VI.

Noſtra Explicatio Iuris.

43. DICO 4. Jus proprietatis activum purè tale, hoc eſt, prout diſtinguitur à Iure Iuriſdictionis ſic deſcribi poteſt. Jus eſt facultas naturæ rationalis obtinendi actionem, vel omiſſionem actionis lege permiſſam, voluntate verè, vel interpretativè ſuâ obligando in ſuum proprium commodum, ſeu ad ſuum placitum alios ad talem actionem, vel omiſſionem actionis præſtandam, vel non impediendam; ſeclusâ omni poteſtate gubernativâ aliorum. Breviùs ſic. Eſt facultas habendi alios obligatos in ſuum commodum, ſeclusâ poteſtate gubernativâ aliorum.

DICO 5. Jus paſſivum, ſeu terminus Iuris activi eſt actio, vel omiſſio actionis ab eo præſtanda, qui alteri ex præciſo ejus beneplacito obligatur.

44. Advertendum benè eſt, quòd dixerim, hanc eſſe definitionem Iuris proprietatis purè talis, & prout diſtincti à Iure Iuriſdictionis. Nam omne Ius Iuriſdictionis eſt etiam Ius proprietatis, ſed non econtra omne Ius proprietatis eſt Ius Iuriſdictionis, adeóque datur aliquod Ius proprietatis purè tale, & hoc ſecundum membrum eſt per ſe perſpicuum. Primum membrum declaratur. Qui enim habet poteſtatem ferendi leges, & gubernandi alios per ſua mandata, habet hoc ipſo poteſtatem obligandi alios etiam non ſubditos, ne ſe à tali gubernatione impediant, & qui ipſum impediret vi, vel metu, vel dolo, faceret illi injuriam: ergo habet Ius proprietatis ad omiſſionem talis impeditionis. Eſt ergo Ius Iuriſdictionis ſpecies quædam Iuris proprietatis, ut ſic, & Ius proprietatis eſt genus ad Ius proprietatis purè tale, & ad Ius Iuriſdictionis. Hinc autem manifeſtè ſequitur, non poſſe dari definitionem genericam ad Ius proprietatis, ut ſic, & ad Ius Iuriſdictionis, ſicut non poteſt dari definitio ad hominem, ut ſic, & ad hominem Deum, quia non poteſt dari ratio generica ad genus & ad ſpeciem generis, nam genus & ſpecies primò intentionaliter non opponun-

ponuntur, quia unum continetur sub altero, & in altero, ea autem à quibus abstrahitur definitio communis, debent aliquo modo inter se opponi. Sicut autem potest dari definitio communis homini puro, & homini Deo, ità potest dari definitio communis Iuri proprietatis puro, & Iuri Iurisdictionis, ut postea dabitur.

45. Advertendum autem est in hoc puncto occasio æquivocationis. Diximus enim, quòd Ius proprietatis sit potestas adversus alios in suum commodum: Jus autem Iurisdictionis est in commodum subditorum: unde videri posset, Ius Iurisdictionis nimium quantùm opponi Iuri proprietatis.

Nihilominus verum esse quod dixi, patebit, si distinguamus inter actiones seu omissiones ad quas obligat Superior; v. g. quando Pontifex præcipit Jejunium, obligat subditos ad Jejunium, & eosdem atque etiam alios omnes antecedenter ad hanc legem habet obligatos ne ipsum impediant à ferenda lege. Ecce! Jejunium non respicitur à Iure Proprietatis ut sic, sed à Iure Iurisdictionis, & obligatio hæc inducitur per legem, atque hæc debet ordinari in bonum subditorum, quatenus scilicet ipsum Iejunium, si observetur cedit in bonum subditorum, & nisi cederet, non posset præcipi. At verò obligatio non impediendi Pontificem à ferenda lege per vim, metum vel fraudem, respicitur & inducitur à Iure Proprietatis, & potest obligationem hanc ordinare in suum commodum, quatenus ipsi optabile est, non impediri ab exercitio suæ Iurisdictionis.

Ipsum itàque Ius Iurisdictionis in specie erit Ius & Potestas obligandi alios per suas leges ad actiones ad quas expedit subditis, esse obligatos.

46. Ius autem Proprietatis prout abstrahit à Iure Proprietatis puro, & à Iure Iurisdictionis, definietur definitione superius traditâ num. 30. omissis ultimis particulis. Contra quam definitionem

47. Objici potest primò. Potest quis alterum obligare ex Iustitia, & tamen non in suum commodum, sed præcisè in bonum obligati: v. g. habes à me librum hæreticum vel obscænum, ego repeto librum ex justitia, tametsi id faciam unicè amore tui ne corrumparis. ℞. Ideo alterum obligari ex Iustitia, quia tu vis eum esse obligatum eâ potestate, quâ posses illum obligare in tuum commodum si velles. Pari modo è contrario Prælatus in obligatione subditi potest privatim & occultè quærere proprium commodum, v. g. præcipiendo ut purget sibi cubiculum, vestem &c. ut oret ad certam suam intentionem, & tamen tunc obligat ex sola obedientia, quia vult obligare eâ potestate, quâ pollet, & quæ est ordinata ad obligandum subditum in bonum subditi.

48. Objici potest 2. Qui aliquid furatur infanti peccat contra Iustitiam, licèt infans nullam elicuerit voluntatem obligandi. Item tutor potest obligare debitorem pupilli ex Iustitia neque tamen potest obligare in suum præcisè commodum, sed in commodum pupilli. Item pupillus sive prodigus est verè dominus rerum suarum, & tamen non habet potestatem alios obligandi, etiam quando jam habet usum rationis nam acta pupilli, saltèm in non lucrativis sine authoritate tutoris non valent: v.g. non potest recipere solutionem debiti. ℞. Cùm ad bonum Reipublicæ omninò necessarium esset, ut infantes & amentes essent dominii capaces, nec tamen possent se prudenter regere propriâ voluntate, ideo Respublica ità erat ab authore naturæ instituenda, ut haberet dominium altum in bona infantium & amentium, vi cujus posset repræsentare personam infantis, ità ut voluntas Reipublicæ vel tutoris esset & censeretur ab omnibus esse voluntas ipsius infantis, & per consequens, quidquid Respublica circa Iura infantis disponeret, censeretur infans in suum commodum fictione Iuris disposuisse, sicut dicuntur petere & suscipere baptismum per voluntatem patrinorum. Et sic responsum est ad primam & secundam partem objectionis.

49. Ad 3. ℞. Pupillum sive prodigum habere quidem potestatem radicalem obligandi alios, sed ex ordinatione Reipublicæ impeditam: sicut etiam ejusmodi potestas impediri potest ex alio capite: v. g. jus exigendi debitum conjugale impeditur adulterio. Ob quam causam in definitione adjectum est: *actiones lege permissas*: sed de hoc plura, quando agemus de dominio.

50. Objic. 3. Sæpissimè fit injuria non habenti de præsenti ullam voluntatem obligandi, etiamsi posset illam habere, v.g. quando quid aufertur dormienti. ℞. Sufficere voluntatem habitualem, seu habitualiter perseverantem, hoc est, non retractatam, prout in voluntate legislatoris respectu subditorum manifestum est: tamdiu enim obligat voluntas legislatoris, quamdiu non retractatur. Porrò hæc voluntas potest dupliciter retractari: primò formaliter & explicitè seu expressè; ut si quis diceret: *Nolo Petrum ampliùs esse obligatum*: secundò virtualiter & implicitè; nempè si quis ultimò circa Petrum ità esset affectus, ut cum illo affectu non posset stare expressa voluntas illum obligandi. Illud enim virtualiter velle censemur, quod non possumus nolle in sensu composito cum eo quod formaliter volumus. Hinc excusatur à furto famulus præsumens de voluntate Domini in ordine ad quasdam minutiores absumptiones rerum, ut inferiùs dicetur.

51. Objic. 4. Quando amicus meus ex amore mei vult mihi conferre beneficium, vel testator hæredem scribere, tunc etsi non habeam jus adversus

versus amicum, si tamen tu amicum malitiosè impedias, ne mihi beneficium conferat, aut ne hæres scribar, peccas contra Iustitiam ex probabili sententia jam superius insinuata, & teneris mihi restituere pro æstimatione probabilis spei quâ me spoliâsti: ergo peccatum Injustitiæ non est semper circa rem aliquam exigendam. ℞. Nullum me habere Ius adversus amicum, quia ipsius amicitiam possideo tantum precariò, ut benè dixit Lugo; unde posset ille sine injuria dissolvere amicitiam specialem: attamen respectu aliorum ego possideo amicum & ejus amicitiam titulo Iustitiæ, ità ut possim alios obligare, vel certe Respublica Iure Gentium & meo nomine alios obligat, ne me dolosè privent illo affectu amicitiæ, aut impediant fructum quem inde sperare possim. & hoc sensu alii obligantur in meum commodum dependenter à mea voluntate.

52. Objicies 5. Ex nostra definitione sequitur primò, posse in eodem supposito simul & semel ad eandem actionem dari Ius ponendi, & obligationem ex Iustitia eam non ponendi, seu quod idem est, dari in duobus jus ad contradictoria, in Petro v. g. jus agendi, & in Paulo jus ad omissionem illius actionis: ex quo ulterius sequeretur, Petrum exercendo suum Ius peccare contra Iustitiam, quod ex terminis paradoxum videtur. Secundò ex nostra doctrina sequitur, Petrum habentem Ius ad aliquam actionem hoc ipso habere alios obligatos ne se impediant, cùm tamen possit sæpè licitè à tali actione impediri. Probatur utraque sequela in exemplo. Petrus vendidit equum Paulo, sed nondum tradidit: deinde vendit & tradit Sempronio: hæc secunda venditio & traditio est valida: ergo Petrus habuit Ius ad talem venditionem, & traditionem faciendam; cùm enim actus valeat, debet jure factus fuisse: & qui non habet Ius alienandi, non potest validè alienare, quæ videntur ex terminis nota. Econtra Paulus habet Ius adversus Petrum ad omissionem talis venditionis & traditionis, & potest eam, si velit, Iure impedire, & Petrus habet obligationem omittendi secundam venditionem & traditionem, & si eam ponat peccat contra justitiam, & tenetur ad interesse, hoc est, debet Paulo satisfacere, quantum ipsius interest equum non fuisse traditum Sempronio: Ergo veræ sunt sequelæ factæ.

53. Respondeo, hanc objectionem ab omnibus esse solvendam, quomodocunque explicetur Ius proprietatis: si enim in casu objectionis supponis, Petrum habere Ius vendendi Sempronio, jam cogeris omnes sequelas concedere, quas fecisti, quidquid sit illud Ius: nam in Paulo esse Ius ad omissionem venditionis etiam tu supponis, & est certum, quia certum est, Petrum obligari Paulo ad talem omissionem, quia obligatur ad tradendum equum Paulo.

54. Simile exemplum habemus in Matrimonio: qui enim cum Bertha contraxit sponsalia, obligatur Berthæ, ne ducat aliam, & tamen si deinde contrahat matrimonium cum alia, valet matrimonium, & tamen est peccatum contra justitiam & contra Ius Berthæ quæsitum per priora sponsalia.

55. Cùm ergo manifestè absurdum sit, aliquem habere simul Ius agendi, & tamen agendo violare iustitiam & agere contra Ius alterius, debemus omnes argumento respondere, & negare, Petrum habere Ius vendendi equum Sempronio. Ad probationem verò neganda est hæc consequentia. Actus iste valet, & est efficax ad transferendum Dominum: ergo qui eum ponit, habet jus propriè dictum agendi. Negatur, inquam, consequentia. Vitium autem hujus consequentiæ patet tum in exemplo allato de Matrimonio, tum in hoc alio. Qui injustè invadit fundum alterius animo possidendi, & alterum expellit, si hic alter, nempe Dominus fundi, deponat animum recuperandi in continenti possessionem, invasor validè possidet, naturaliter & civiliter, ut ex Iure certum est, & alibi tradetur: & tamen absurdissimum esset hinc inferre, quòd habuerit Ius invadendi, & possessionem capiendi.

56. Redeundo nunc ad casum objectionis: Verum quidem est, quòd Petrus etiam post primam venditionem Paulo factam, ante traditionem retineat dominium equi venditi, sed hoc dominium non se extendit ad secundam venditionem: nam ut ex definitione dominii non omninò pleni & perfecti infrà constabit, illud dominium remanens non se extendit ad illos actus, quibus conventio obstat: atqui secundæ venditioni obstat conventio facta cum Paulo per primam venditionem: ergo non se extendit ad secundam venditionem.

57. Quando ergo deinde Petrus vendit fundum Sempronio, & tradit, transfert quidem in Sempronium dominium, & se illo privat, & ideo talis actus supponit in Petro fuisse tale dominium & Ius *transferibile*, sed, strictè loquendo non habuit Ius *transferendi*. Sicut etiam debitor habens rem alteri oppignoratam, habet quidem Ius aliquod vendibile, sed non Ius vendendi inscio, & invito creditore, si talis venditio in illius præjudicium cederet: & licet talis venditio postmodum facta valeat, non tamen est justè & sine injuria facta. Itaque Petrus non habet Ius vendendi Sempronio, sed habet tantùm potentiam vendendi validè, quamvis injustè: sicut si ego comburam domum Pauli, validè utique comburo, sed non justè, & ideo solùm habeo potentiam, non Ius comburendi. Aliud Exemplum habes in tutore vendente res pupilli cum præjudicio pupilli, valet venditio, quamvis non iustè facta. Aliud. Si fur pecunias furtivas misceat suæ pecuniæ, ut dignosci non possit,

possit, sit Dominus illius pecuniæ, licet illa permixtio sit injusta.

58. Simili ferè modo philosophandum est in aliis casibus, in quibus Dominus rei validè rem suam alienat, atque etiam sine injuria alterius, sed tamen esset licitè impedibilis ab aliis, & per consequens non habet Ius strictè dictum ad talem alienationem. Exemplum. Si ego vellem tibi donare rem venenatam animo te occidendi, donatio valeret, sed non rectè dicerer habuisse Ius donandi strictè loquendo, hoc est, tale Ius, quod respicitur à justitia & quo alios obligare possum ad me non impediendum: Nam reverà possent alii me licitè impedire vi & metu, & ego illis resistendo committerem injuriam, alioquin daretur bellum utrinque formaliter & materialiter justum, quod repugnat.

59. Dices. Si Petrus post primam venditionem non habet Ius vendendi & tradendi Sempronio: ergo diminutum est ipsius dominium in equum: ergo non est amplius plenus Dominus equi: ergo nec potest in Sempronium transferre plenum dominium, quod tamen est falsum. ℞. Negando consequentiam: nam dominium non diminuitur, nisi in eadem re etiam alius habeat Ius: atque Paulus per primam venditionem nullum acquisivit Ius in Re, sed tantùm Ius ad rem, ut explicabitur §. sequente: Itaque Petrus per primam venditionem amisit solum Ius non ponendi illam secundam venditionem & traditionem, cum quo stat, quòd adhuc talis actus sit validus, lege sic statuente.

Sicut valeret testamentum, quod quis faceret contra juratam promissionem alteri factam, & tamen talis testamenti factio esset injusta, & contra Ius alterius: & hoc sensu dico talem non habere Ius faciendi testamentum, quatenus quidquid contra Ius alterius fit, dicitur non Iure fieri. Quodsi adhuc velis talem habere Ius, eo quod actus, etsi injustus valeat, fiet quæstio de modo loquendi, & poterit dici habere Ius, hoc est dominium potens validare venditionem secundam per traditionem equi etiam injustam.

§. VII.

Divisio Iuris activi in Ius in Re & Ius ad Rem.

60. AD majorem declarationem eorum, quæ dicta sunt, facit declaratio celebris divisionis Iuris in Ius in Re, & Ius ad Rem, quæ aliis terminis dicuntur: Jus reale, & Ius personale. In jure respondent his Iuribus duo etiam diversa genera actionum, quibus illa prosequimur: Nam quibus prosequimur Ius in re, seu Ius reale, vocantur *Actiones reales*: quibus verò prosequimur Ius ad rem, vocantur actiones personales. Pro intelligentia

61. Notandum est, res, circa quas versatur Ius humanum, esse vel corporales, vel incorporales, ut habetur toto. titulo 2. lib. 2. Inst. Res corporales sunt, quæ suâ naturâ tangi possunt, ut fundus, vestis, aurum, &c. Incorporales sunt, quæ licet moraliter corpori inhæreant, tangi tamen non possunt, quia consistunt in denominatione quadam morali: hujusmodi sunt Ius adeundi hæreditatem, Ius servitutis, Ius beneficii ad colligendos fructus, Ius patronatus, Ius quæsitum per electionem: & uno verbo, omnes actiones, quibus in Iudicio prosequimur, quod nobis debetur. Itaque tam respectu rerum corporalium, quàm incorporalium potest dari Ius in Re, vel Ius ad Rem, ut constabit. His positis.

62. Divisio allata solet communiter ex Molina sic declarari. Jus reale, seu in re est, quod rem ipsam devinctam habet. Ius ad rem verò, seu Ius personale, quod non habet adhuc devinctam ipsam rem, sed personam, ad aliquid præstandum.

Hæc tamen explicatio admodum est æquivoca. Nam imprimis, vel hoc quod est: *Rem devinctam esse*, est aliquid aliud, quàm rem esse obligatam, vel nihil est aliud. Si dicas primum, restat explicandum, quid sit aliud, *esse devinctum*: quàm: *esse obligatum*. Si verò dicas secundum: Tunc videtur modus loquendi valdè improprius. Nam res ipsæ non possunt nobis propriè & per se obligari, sed tantùm personæ, obligatio enim non cadit nisi in naturam intellectualem. Quodsi dicas, te non accipere obligationem in hoc sensu, tunc restat tibi explicendum, quare non sit mihi obligatus, & devinctus equus venditus quidem, sed necdum traditus, cum non possit ampliùs licitè vendi alteri, imò si vendatur alteri sine traditione, venditio sit nulla: Cur ergo hoc non sufficit, ad esse devinctam rem?

Secundò. Dominus habet Ius reale circa suum mancipium, non item conductor circa operarium, qui tamen habet jus personale: utrumque Ius versatur circa personam immediatè. Quod si dicas, mancipium considerari ut *Rem*, & non ut personam, restat explicandum discrimen harum formalitatum, ad discernenda Iura, quæ circa illas versantur.

63. Ex hac instantia patet, adhuc obscuram esse cujusdam Recentioris Hispani declarationem dum ait, Ius in re, & Ius ad rem convenire in hoc, quòd utrúmque respiciat rem, ut purè terminum: differre tamen in hoc, quòd Ius in re non solùm respiciat rem, ut purè terminum, sed simul respiciat, ut extremum unionis alicujus sive inhærentia moralis, per quam ipsam rem afficit: Ius ad rem verò respiciat purè, ut terminum sine tali unione: sicut differunt inter se cognitio, quâ Angelus seipsum cognoscit, & cognitio, quâ Petrus eundem Angelum cognoscit.

gnoscit. Relictis his terminorum involucris.

64. DICO 1. A posteriori & ab effectu potest prædicta divisio declarari hoc modo. Jus reale est illud, quod rem ità respicit, ut ad quemcunque devenerit res illa, semper transeat cum hoc onere, ut eam prosequi possim, ubicunque & apud quemcunque existat: & ideo dicitur inhærere rei, & fundat actionem realem unam ex octo actionibus realibus, quarum præcipua vocatur Rei Vindicatio, reliquarum nomina sunt: Confessoria, Negatoria, Publiciana, Rescistoria, Pauliana, Serviana, Quasi-Serviana, quas alibi explicabimus.

Econtra Ius personale, seu jus ad rem est, vi cujus res ipsa non potest vindicari apud quemcunq; existat, &c. sed tantùm respicit personam aliquam determinatam, quæ vel ex contractu, vel quasi contractu, vel ex delicto, vel quasi delicto obligata sit ad aliquid præstandum. Ità ex Theologis magis expressè Azor, Layman, Tanner, ex JureConsultis post alios Henricus, Zœsius, Casparus, Manzius, &c.

Hinc colliges, sub *Jure ad Rem* strictè loquendo non venire illud jus, quod adversus alios habemus, ne nos ab usu rerum nostrarum impediant, v.g. vi, aut metu, aut fraude. Nam licèt hoc possit etiam dici jus personale, non est tamen purè tale, nec est ad aliquem terminũ positivum, sed ad negativum, & fundatur in jure in re: v.g. cùm ego habeam Ius in meo fundo, habeo hoc ipso jus, ne alius ingressum prohibeat: sic etiam habeo Ius, ne alius famam, quam possideo, lædat, ne impediat amicum à beneficio mihi liberaliter conferendo. Hujusmodi Iura non proveniunt ex contractu, aut quasi, nec ex delicto, aut quasi, sed resultant jure naturæ ex Iure reali præsupposito.

65. DICO 2. Prædicta divisio magìs à priori declarari potest hoc modo. Jus reale est illud, quod immediatè tendit ad subordinandas alteri res, vel personas (hoc est, homines, quo sensu philosophico, etiam Mancipia sunt personæ) consideratas ut res, & non ut personas, hoc est, in ratione patientis, & non in ratione agentis humano, & civili modo: hac ratione tendit jus nostrum in rem furto sublatam, quam (nisi impediar) possum sine ullius injuria, ubicunque inventa fuerit pro libitu usurpare. Item jus in re non tantùm respicit, & nobis subordinat ea, quæ actu possidemus, sed etiam ea, quotum quidem Domini sumus, sed possessio est penes alium: tunc enim saltèm in judicio petitorio possum possessorem convenire: possem etiam rem illam vendere, donare, legare: ac denique si alter desineret possidere, possem sine ullius injuria illam rem statim occupare, & usurpare: quæ omnia ostendunt, quòd jus in re sit jus immediatè subordinans res ipsas ad hoc, ut possimus de ipsis pro libitu disponere per se loquendo, & quantùm est ex vi juris, quod habemus, nisi aliud obstet.

66. Econtra Ius ad rem seu personale est, quòd immediatè solùm tendit ad subordinandam nobis aliam personam in ratione *agentis*, hoc est, in ratione personæ formaliter, & non merè materialiter sumptæ. Unde patet, Ius Domini in Mancipium esse reale, & non personale, quia respicit Mancipium, ut rem, & prout patitur dispositionem Domini circa illum, in quantùm scilicet potest illum vendere, huc illuc transferre, &c. Econtra verò jus circa operarios conductos est jus ad rem, quatenus tendit ad subordinandos illos in ratione agentis, nempe ad præstandas operas, quod si nolint, possunt in judicio conveniri. Item jus circa rem venditam mihi, sed necdum traditam tendit præcisè (legibus ità statuentibus) ad subordinandum venditorem, ut tradat rem emptam: unde si rem illam alteri traderet, non competeret mihi vindicatio. Ergo res ipsa necdum est mihi immediatè devincta, sed mediante venditore, vel potiùs solus venditor.

67. DICO 3. Divisio Iuris in reale, & personale non constat membris contradictoriis, nec est adæquata, si membra divisionis sumantur in propria specie, & rigorosè, sed datur tertia & media species, quæ vocatur *Jus mixtum*. Est ex mente Juristarum. Probatur. 1. Tale datur jus, qualis datur actio fundata in jure: sed datur genus actionis mixtæ, hoc est, quæ nec sit strictè realis, nec strictè personalis, sed de utroque participans. Ergo vera est Conclusio. Major patet. Minor constat ex toto libro decimo Digestorum, ubi per quatuor titulos quatuor hujusmodi actiones mixtæ proponuntur. Dicuntur autem hæ actiones mixtæ non eo sensu, quo *actiones rei & pœnæ persecutoriæ* dicuntur mixtæ, ut sunt *actio vi bonorum raptorum, actio legis Aquiliæ, actio ex testamento pro iis, quæ relicta sunt locis venerabilibus*, sed eo sensu, quòd partim sunt in rem, partim in personam: hujusmodi sunt quatuor: prima *Finium regundorum* quâ agitur de finibus prædiorum rusticorum confinium confusis iterum dirigendis & determinandis. Secunda: *Familiæ erciscundæ*, quæ datur cohæredibus pro dividendis rebus hæreditariis, & quod alterum alteri præstare oportet. Tertia *Communi dividundo*, quæ datur illis, inter quos res aliqua ex causa legati, vel donationis, vel aliâ quacunque est communis, ut res vel dividatur, vel quod præstandum, præstetur. Quarta *ad exhibendum*, quâ quis petit copiam inspiciendi rem ab altero detentam, quam probabiliter putat suam esse. Itaque jus in quo fundantur hæ actiones, tendit tam ad subordinandam sibi rem aliquam, quàm etiam personas ad aliquid præstandum.

Probatur Conclusio 2. & declaratur in exemplo. Fugit à me servus meus, & ego habeo probabilem suspicionem, eum apud te latere: com-

competit mihi jus agendi contra te, ut à Judice jubearis exhibere hominem, quem detines, ut cognoscere possim, an sit Stichus servus meus: & sic per hanc actionem nondum quidem vindico Stichum, præparo tamen viam ad vindicationem instituendam, postquam cognovero esse Stichum. Hoc inquam Ius nec est purè reale, quia non fundat immediatè actionem vindicationis: neque etiam est Ius merè personale, quia datur actio hæc contra quemcunque, ad quem Stichus pervenerit, & ideo rei potiùs, quàm personæ inhæret. Nihilominus de utraque Iuris specie aliquid participat: de jure reali quidem, quòd inhæreat rei, ut jam vidimus, de personali verò participat, quòd immediatè tendat ad obtinendam exhibitionem. Rectè ergo vocatur jus mixtum, & actiones correspondentes vocantur communiter *actiones mixtæ*, sive *actiones personales in Rem strictæ*, ad indicandum discrimen à purè personalibus, quæ sunt *ad Rem*, & non: *in Rem.* Postquam hæc scripsi, invenio apud Henricum Zœsium *Comment. in Instit. tit. de act. in annot. ad §. omnium. n. 6. & 53.* pro Conclusione mea referri Fabrum, Zasium, & alios. Eandem sententiam tenet Bernardus Suthold *Dissert.* 18. 8. 8. ubi fatetur, has actiones non retinere genuinam indolem actionum personalium, eò quòd rem comitentur.

CONTROVERSIA III.

Vtrum Iustitia speciali modo dicatur respicere medium rei.

SUMMARIUM.

Quo sensu Iustitia respiciat medium Rei potiùs, quàm Rationis. 70.
Quænam sint illius Medii extrema. 71.
Discrimen Iustitiæ ab aliis virtutibus. 72.
Aliæ virtutes respiciunt medium Rei per accidens. 73.

68. Est axioma receptissimum ex S. Thoma desumptum, quòd aliæ virtutes morales respiciant medium rationis, justitia verò medium rei. Circa cuius intellectum difficultas esse non potest nisi de modo loquendi, qui est defendendus.

Ratio autem dubitandi, & talem loquendi modum improbandi potest esse prima. Iustitia non videtur versari in medio inter duo vitia opposita, sicut v. g. Liberalitas, quæ versatur in medio inter prodigalitatem, quæ peccat per excessum, & parsimoniam, quæ peccat per defectum, & sic de aliis. Si quis enim alteri plus det, quàm debebat, non peccat contra justitiam per excessum, ut patet: Solo ergo defectu potest peccari contra justitiam: ergo non versatur justitia inter duo vitia sibi opposita.

69. Secunda ratio dubitandi est. Dato, quòd justitia respiciat aliquod medium, illud medium erit medium rationis, hoc est, à ratione præscriptum: alioquin justitia non esset virtus, si non regeretur à dictamine prudentiæ: ergo non potest per hoc differre ab aliis virtutibus.

Econtra aliæ virtutes utique non respiciunt ens rationis, seu chymæram pro medio: neque enim ratio potest dictare & præscribere medium, nisi hoc medium inveniatur in objecto illius: ergo omnes virtutes respiciunt medium rei, quia respiciunt medium reale: ergo nihil speciale præ aliis virtutibus habet in hoc puncto Justitia.

70. DICENDUM tamen est, justitiam respicere aliquod medium, & illud medium specialiter rectè dici medium rei, & non præcisè medium rationis, prout aliæ virtutes suum medium respiciunt. Prima pars probatur. Iustitia procurat, ne suum suppositum, seu subjectum plus habeat, quàm quousque ipsius jura se extendunt, & ne per ipsum alius minus habeat, quàm vigore suorum jurium habere debet: quæ duo extrema sunt vitiosa & contra rationem: ergo Iustitia respicit aliquod medium.

71. Dices: Medium debet versari inter talia extrema, quorum unum, si incurratur, recedatur ab altero; v. g. Liberalitas versatur inter prodagalitatem & nimiam parsimoniam, quodcunque horum incurias, ab altero recedis: atqui violando justitiam potest incurri utrumque extremum in probatione assignatum: nempe, qui furatur alteri, habet jam plus, quàm deberet vi Iurium suorum habere, & simul facit, ut alter minus habeat, quàm vi suorum Iurium habere deberet: ergo medium rei non est convenienter assignatum. ℞. Negando majorem, quæ licet in aliis virtutibus vera sit, in justitia tamen non debet verificari. Ratio est, quia ut docet S. Thomas hîc a. 10. *Æquale* est medium inter majus & minus, & impossibile est, unum esse majus, quin alterum sit minus, v. g. est impossibile, ut ex duabus lineis æqualibus una fiat major, quin hoc ipso altera fiat minor: atqui Justitia procurat istam æqualitatem: ergo procurat medium rei eo modo, quo ad justitiam pertinet.

72. Secunda pars etiam probatur. Aliæ virtutes ità respiciunt suum medium, ut illis possit satisfieri etiam tunc, quando per errorem quis judicaret, illam mensuram esse medium, quæ tamen reverà non est medium: v. g. si per errorem judicem, quatuordecim uncias esse illam quantitatem, quæ respectu meæ complexionis nec sit cibus nimius, nec nimis exiguus, tunc si hodie summam quatuordecim uncias (ponamus esse excessum duarum unciarum) non propterea teneor cras duabus unciis minus comedere ex virtute temperantiæ, quàm cæteroqui liceret, v. g. tantùm decem uncias, vel econtra, si prio-

si priore die per errorem nimis parùm comedi; non propterea debeo altero die illum defectum compensare ultrà id, quod est medium crastini diei; sed obligationi prioris diei est satisfactum formaliter, licèt sit erratum materialiter, quem errorem aliæ virtutes non curant. Item si obedientia jubeat, ut singulis diebus recitem horas Canonicas, & ego per errorem putem me illas hodie jam recitâsse, non propterea teneor altero die compensare. Justitia verò aliter obligat: nam etiamsi per errorem judicem, licere mihi hanc rem usurpare, eò quòd existimem esse meam, postea tamen cognito errore teneor eam restituere, vel quantùm inde locupletior factus sum: item si per errorem putem, me debito alieno plenè satisfacere solvendo decem, cùm reverà debeam viginti; errore detecto teneor adhuc postmodum ad residuos decem solvendos.

73. Dices: etiam obedientia sæpè requirit hoc modo medium rei, v.g. si per errorem non sum confessus omnia mortalia, formaliter quidem satisfeci obedientiæ & præcepto Confessionis, quia tamen materialiter non satisfeci, teneor adhuc postmodum satisfacere. ℞. In obedientia & in aliis virtutibus hoc posse fieri per accidens, sed non per se, quia communiter quando satisfit obedientiæ formaliter, non manet obligatio ad aliquid omissum. At verò Iustitia regulariter & per se loquendo semper attendit medium reale, licèt per accidens etiam fieri posset, ut tantùm obligaret ad medium rationis, v.g. si creditor nollet ad plus obligare, quàm ad illam summam, quam bonâ fide nunc existimo me debere: & simile quid fit in transactionibus: imò in omni emptione & venditione, ubi ignoratur indivisibilis valor mercis, & ideo datur triplex pretium, summum, medium, & infimum.

74. Præterea Iustitia etiam ex alio capite respicit magìs specialiter medium rei, quàm aliæ virtutes, quia aliæ virtutes licet à parte rei habeant medium reale, illud tamen non consistit in indivisibili, vel certè si consistit in indivisibili, illud est humanitùs & per se loquendo incognoscibile, sed tantùm est cognoscibile intra certam latitudinem, ut patet in temperantia: quis enim scit, quænam sit ultima guttula, quam si excedat, lædat temperantiam, aut quis scit, quisnam sit ultimus teruntius, quem si excedat, fiat prodigus! ergo rectè dicuntur aliæ virtutes suum medium ultimatè taxare per rationem, quæ debet illud investigare secundùm regulas prudentiæ: at verò medium justitiæ per se loquendo non solùm consistit in indivisibili, sed etiam ut tale cognoscitur: scimus enim communiter, quantam summam determinatè debeamus, & per accidens est, quando illam ignoramus: ergo tunc ratio potiùs determinatur ab objecto & à medio, quàm ut ipsa determinet medium. Ex dictis constat responsio ad rationes dubitandi in contrarium. Neque enim quæritur hîc medium in illo rigore, sed per medium intelligimus *Æqualitatem*.

CONTROVERSIA IV.

Quo sensu detur, vel non detur Iustitia inter Patrem & Filium, Dominum & Servum, Maritum & Uxorem.

SUMMARIUM.

INter Patrem & Filium, Dominum & Servum, Maritum & Uxorem potest exerceri Iustitia. 75.
Non omnis obligatio Patris ad Filium est obligatio Iustitiæ. 77.
Quomodo inter Dominum & Servum. 79.

75. ARistoteles 5. *Eth. cap. 6.* docet inter personas recensitas respectivè non dari strictam Iustitiam, defectu sufficientis alteritatis; quam doctrinam aliqui nimis sollicitè defendere conantur: nos eam breviter ex dictis resolvemus. De justitia inter Deum & hominem dictum est in lib. de Incarnatione, cùm sit Theologico-Metaphysica potiùs, quàm Juridica quæstio, ob quam causam plures hujusmodi subtilitates prætermitto, præsertim illas, quæ non pertinent specialiter ad præsentem materiam.

76. DICO 1. Non potest universim negari, quòd possit exerceri Iustitia commutativa inter prædictas personas, neque Aristoteles hoc asseruit. Ità communis contra Cajetanum & Valentiam. Probatur quo ad primum membrum de Patre & Filio. Si Pater furaretur Filio ex bonis Castrensibus, vel quasi Castrensibus, in quibus bonis ne quidem usum fructum habet jure novo, certum est peccaturum contra Iustitiam: sicut etiam, quando bonorum adventitiorum substantiam (in qua usum fructum habet) non retineret salvam. Econtra si filius patrem impediret ab usufructu bonorum adventitiorum, peccaret contra justitiam. Ergo inter has personas datur Ius & Iustitia. Probatur etiam quoad Dominum & Servum. Nam Dominus mutilando servum, aut ejus famæ detrahendo, peccaret contra justitiam, & teneretur ad restitutionem famæ. Econtra servus fugiendo, aut furando suo Domino etiam peccaret contra Iustitiam, & teneretur redire (per se loquendo) ad Dominum, & quod abstulit, restituere. Probatur item quoad Maritum & Uxorem. Quia tenentur ex justitia ad debitum conjugale, ad non adulterandum, & maritus peccaret contra justitiam dissipando dotem, & econtra Uxor impediendo maritum ab usu dotis.

 77. DI-

77. DICO 2. Non omnis obligatio Patris ad Filium & vicissim, est obligatio Iustitiæ, & hoc sensu si Pater & Filius formaliter spectentur, non obligantur ad invicem ex Iustitia. Dixi, si formaliter spectentur, hoc est præcisè secundùm eas obligationes, quas natura introduxit inter Patrem & Filium, independenter ab omni libera voluntate eorundem. Probatur. Nam Pater & Filius obligantur sibi invicem ex virtute Pietatis, quæ obligatio non est remissibilis ab illis quantumvis vellent; ut jam suprà dixi. Neque refert, quòd aliquando ad eundem actum obligentur etiam ex Justitia, v. g. ad præstanda alimenta in certis casibus. Non est enim novum, ad eundem actum posse aliquem duplici virtute obligari: sic conjunx obligatur non solùm ex Justitia, sed etiam ex Castitate & Religione non committere adulterium.

78. Præterea per leges Cæsareas, quatenus introduxerunt Patriam potestatem, filius familias quoad certos effectus censetur una persona cum patre, vel certè se habet ut res fructificans suo Domino, & non ut persona distincta, prout etiam observavit Azor *lib. 1. c. 8. q. 5.* quinam autem sint hi effectus, dicemus acturi de Patria Potestate.

79. Eadem est ratio in servo respectu Domini, & aliquo modo etiam in Domino respectu servi. Declaratur quoad primum membrum. Nam ex Constitutione Iuris gentium & Civilis Servus quà talis ità se habet ad dominum, ut sit quasi Res domino suo fructificans: unde licèt servus possit cum aliis contrahere, & ab aliis aliquid acquirere ac lucrari, totum tamen illud lucratur domino & omnes ejus actus ordinantur in commodum & utilitatem Domini. Quare servo sic considerato non potest dominus obligari ex Iustitia: nemo enim potest obligari rei suæ. Ratio ulterior est, quia servi quà talis voluntas est civiliter ipsa voluntas Domini: quapropter non potest suâ voluntate Dominum obligare, quia nemo obligatur ex Iustitia sibi, sed alteri & in commodum alterius.

80. Declaratur etiam quoad secundum membrum. Servus, quantumvis servus, est tamen res adeo pretiosa (utpote qui contra naturam servus est, cum à Natura deberet esse persona libera) ut dominus naturaliter obligetur hujusmodi rem suam non perdere, nec omnino inutilem reddere Reipublicæ: unde posito quòd nolit servum venundare, debet illum alere, ne fame vexetur, quæ tamen obligatio non est ex Iustitia, ut benè notavit Card. de Lugo, quia nullam trahit post se obligationem restituendi (prout traheret, si alimenta ex Iustitia debita negarentur) nam illud ipsum servus acquireret domino suo. Neque hæc obligatio est instituta in utilitatem Servi, nec pendet ab ejus voluntate, sed est instituta in utilitatem Domini & Reipublicæ, quapropter pertinebit vel ad Iustitiam Oeconomicam, vel ad legalem, quæ sunt Iustitiæ minùs propriè dictæ.

Denique quòd etiam inter Conjuges dentur obligationes, quæ non sint ex Iustitia commutativa, docetur in materia de Matrimonio. v.g. Maritus habet obligationem gubernandi domum tanquam caput familiæ, & uxor habet obligationem parendi, quæ obligationes non possunt ab illis remitti.

CONTROVERSIA V.

Vtrum eidem obligationi ex Iustitia Commutativa possit satisfieri pluribus vicibus.

SUMMARIUM.

Obligationi ex Justitia potest satisfieri pluribus vicibus. 81.
Potest Justitia imperare excessum ultra debitum. 82.
Non præsupponit Iustitia debitum immediatè præexistens: benè tamen: exstitisse. 85.
In secunda solutione reperitur eadem ratio motiva propria Justitiæ. 87.
An possit anticipata solutio esse ex Justitia. 88.

81. PRætermisissem quæstionem hanc parùm utilem, nisi duo Cardinales in ea resolvenda se exercuissent. Cardinalis Pallavicinus *de Just. lib. 4. c. 4.* Secutus Turrianum, negat posse eidem obligationi pluries satisfieri ex Iustitia. Card. de Lugo affirmat *d. 1. de Just. s. 1 à n. 24.*

DICO probabiliorem videri sententiam affirmantem. Probatur hæc sententia pluribus positivis argumentis, ad quæ tametsi fortassis aliquid responderi posset, quia tamen adversæ partis argumenta clariorem recipiunt solutionem, & illi potiùs incumbit onus probandi repugnantiam, ideo prævalent argumenta pro hac sententia.

82. Probo Conclusionem primò. Si esset aliqua repugnantia, fundaretur in hoc, quòd objectum formale Iustitiæ sit adæquatio Iuris passivi cum activo, ità ut Iustitia non possit per suos actus plus exhibere alteri ad beneplacitum & commodum illius, quàm sit Ius activum alterius, seu breviùs, non plus quàm debeatur, adeoque nullum excessum ultra debitum possit Iustitia imperare. sed hoc est manifestè falsum: ergo &c. Major est fundamentum adversariorum. Minor exemplis probatur. Qui alteri debet solvere centum mutuò acceptos post annum, si maturiùs solvat, plus præstat, quàm obligabatur, & tamen tota illa solutio procedit ex actu Iustitiæ. Item Zachæus Evangelicus ex motivo Iustitiæ quadruplum reddidit, & quidquid reddidit, imperabatur à Iustitia, quia pro injusta defrau-

datio-

datione reddidit. Qui ex Iustitia tenetur alteri restituere famam, si id faciat scripto & oretenus, utrumque facit ex Iustitiæ imperio, & tamen ad tam amplam restitutionem famæ non tenetur. Qui tenetur ex Iustitia alteri alimenta præstare, non potest moraliter & humanitus ità satisfacere huic obligationi, quin plus faciat, quàm teneatur, nunquid enim ità potest attemperare vestes, cibos, habitationem &c. ut si paulò minùs faceret, non satisfaceret Iustitiæ? & tamen totum quod facit procedit ex affectu Iustitiæ. Si hæres obligetur legatario dare fundum aliquem indeterminatè, si det fundum optimum, operatur ex Iustitia, nec tamen tenetur dare fundum optimum.

83. Respondebunt adversarii, his instantiis benè probari, quòd possit actus Iustitiæ habere admixtam liberalitatem, sed non probari, quòd possit esse actus Iustitiæ præsupponens jam totum debitum extinctum per alium actum, quæ esset secunda solutio. Sed contra est, quia ex solutione argumentorum patebit, hanc esse meram materialem differentiam. Præterquam quòd Zachæus utique non totum quadruplum simul obtruserit, sed successivè, ut fieri solet, potuerit enumerâsse.

84. Prob. Conclusio 2. Ponamus casum, quòd quis primam solutionem non possit in Iudicio probare, eò quòd amiserit chirographum, & ne vexetur ab adversario, ultrò facit secundam solutionem, tali casu si ultrò solvit secundò intuitu præcedentis debiti, verè exercet Iustitiam, & verè solvit ex Iustitia, alioquin non posset in Iudicio hanc secundam solutionem, tacitâ priore, allegare sine mendacio. Neque in hoc casu posset facere occultam compensationem, sicut posset facere in casu quo per sententiam cogeretur secundò solvere, nec tamen haberet animum transferendi dominium. Ergo potest etiam secunda solutio esse ex Iustitia. Confirmabuntur hæc omnia magis in solutione argumentorum.

85. Objiciunt ergo primò. Quando non ampliùs existit debitum, repugnat esse voluntatem (seclusâ ignorantiâ) satisfaciendi debito, supponeret enim talis actus obligationem quam scit, non adesse, & diceret; *volo satisfacere debito quo non teneor.* quod est ex terminis ridiculum. R. Hoc argumento nimiùm probari, nempe quòd non posset aliquis se obligare, vel ab alio obligari secundò ad id, ad quod jam antè est obligatus: non enim magis repugnat: solvi eum qui non est ligatus, quàm ligari eum, qui non est solutus: atqui potest quis obligare seipsum, & etiam ab alio obligari ad id ad quod jam priùs est obligatus. seipsum quidem potest secundò obligare v.g. repetitâ promissione, & repetitâ stipulatione potest etiam ab alio obligari: imò secundâ solutione obligatur creditor secundò non exigere ampliùs debitum. Probaret item, quòd injuria vel offensa non posset secundò condonari, item quòd non posset quis per secundam sententiam absolvi, quod est falsum tam in sententia quæ fertur in tribunali humano, quàm quæ fertur in divino. Respondetur directè ad objectionem, actum Justitiæ præsupponere quidem, aliquando exstitisse debitum, sed non necessariò præsupponere, quòd immediatè præexstiterit, & non fuerit antecedenter satisfactum, ut patet in exemplis allatis, ex quibus constat, ad obtinendū finem Iustitiæ sufficere, quòd medium quod adhibetur sit utile ad illum finem obtinendum, qui est: obligare alium ad non ampliùs exigendum debitum: seu: ad auferendum alteri potestatem exigendi. sufficit ergo secundam solutionem esse extinctionem debiti virtualem, etiamsi non sit extinctio actualis: sicut omne peccatum mortale est extinctio Gratiæ, non quidem semper actualis, sed sæpè solùm virtualis, nempe quando secundum supervenit primo necdum deleto.

86. Objicit Card. Pallavicinus 2. Ex nostra Conclusione sequitur, quòd is qui semel debuit obolum, posset suo creditori ex motivo Iustitiæ dare aurum totius mundi iterum & iterum solvendo idem debitum: atqui ex ipsis terminis apparet hoc esse falsum. Ad hoc argumentum, quod vult unicè terrere admiratione, respondit acutè simul & gratiosè quidam Recentior Hispanus, concedendo sequelam, dummodo in singulis solutionibus mente & voluntate referat rem æqualem quam reddit ad injuriam antecedentem delendam, & secundùm æqualitatem compensandam: *tanto enim*, inquit *congesto auri pondere à semel suscepta veritatis defensione non flectimur.*

87. Objicit idem 3. Rationem à priori. Non potest fieri ex motivo Justitiæ vel alterius virtutis illa actio, quæ non promovet illius virtutis finem: atqui secunda solutio non promovet æqualitatem quæ est finis Justitiæ: ergo ex motivo Justitiæ non potest fieri secunda solutio. Respondet idem Recentior, ex hac ratione à priori confici rationem à priori pro nostra Conclusione. Ubi enim reperitur formalis ratio objectiva virtutis, possumus operari ex tali virtute: atqui in reddenda secunda solutione reperitur eadem ratio formalis objectiva amanda, quæ inerat primæ solutioni: ergo ex eadem virtute Iustitiæ ex qua amata fuit prima solutio, potest etiam amari secunda. Major supponitur tacitè ab ipso adversario, & est ex terminis certa. Minor probatur. Quia ratio formalis objectiva quæ terminat amorem Iustitiæ, non est obligatio (ut ex suprà allatis exemplis patet) sed æqualitas inter solutionem & damnum allatum, & hæc eadem æqualitas relucet in secunda solutione, quæ non minùs æqualis est quàm prima. In forma respondetur ad objectionem, vel negando majorem, vel distinguendo; non potest fieri

 ex mo-

ex motivo Iustitiæ actio quæ non promovet augmento intensivo finem virtutis, negatur, quæ nec intensivo nec extensivo, conceditur: secunda solutio promovet augmentò extensivo.

88. QUÆRET aliquis, an possit à justitia etiam satisfieri anticipatâ solutione pro debito futuro. ℞. Cùm eodem Card. de Lugo, & Recentiore sæpiùs laudato, affirmativè. quam doctrinam supposui in lib. de Incarnat. ubi dixi, posse meritum præmiari præmio anticipato, & compensari merito subsequente, quod voco *meritum compensativum*, & ostendi, merita Christi fuisse inadæquato præmio præmiata anticipatè per dona supernaturalia data Patribus antiquis, & repugnare prioritatem naturæ alicujus existentis pro tempore posteriore respectu existentis tempore priore: quam doctrinam à me traditam approbârunt deinde plures Philosophiæ Magistri. Quod nunc ad Iustitiam attinet, illius clara instantia est, quam insinuat Lugo n. 28. Scio me à Paulo esse scriptum hæredem, & in testamento me gravari legato centum florenorum solvendorum Sempronio: possum ego necdum aditâ hæreditate, adeoque necdum contractâ obligatione solvendi legatum, solvere Sempronio antecedenter legatos centum florenos, quam solutionem si Sempronius acceptet, (& quidni acceptaret?) non potest postea agere ex testamento ad solutionem legati: ergo satisfactum est ex justitia. Ratio est: quia obligatio est ex justitia, nempe conditionalis, *si non est jam anticipatè solutum.* Nisi malis dicere, tali solutione impediri, ne nascatur obligatio, quæ alioquin nasceretur.

Dices: Secunda vel anticipata solutio meretur gratiarum actionem; ergo non est actus justitiæ. ℞. Dist. antecedens. Meretur gratiarum actionem propter admixtam liberalitatem, concedo: præcisâ liberalitate, & considerata secundùm se, nego anteced. & consequentiam. Nam suprà ostendi, non repugnare actui Iustitiæ habere admixtam liberalitatem.

CONTROVERSIA VI.

Quomodo Iustitia Commutativa differat à Iustitia Distributiva.

SUMMARIUM.

Variæ sententiæ de differentia Iustitiæ Distributivæ à Commutativa. 89.

Distributiva non merè accidentaliter differt à Commutativa. 93.

Æqualitas Arithmetica & Geometrica non est sufficiens ratio diversificandi. 94.

Quando in membris communitatis datur Jus ad rem, distributio bonorum communium non fit ex distributiva, sed commutativa. 99.

Cum obligatione benè administrandi Officium, stat obligatio ex commutativa. 100.

Ad illam virtutem pertinet distributio, ad quam pertinet restitutio violatæ virtutis. 101.

Nec ad justitiam distributivam, nec ad commutativam spectat, tribuere communitati Jus ad Rem, hoc est, Officium. 102.

Justitia cujus obligatio est independens à voluntate illius erga quem exercetur, non attendit Jus strictè dictum. 104.

Justitia distributiva an sit Iustitia propriè dicta. 105.

Quare non exerceatur distributiva, quando officium confertur extraneo ex consensu communitatis. 108.

Distributio onerum & contributionum plus participat de commutativa, quàm distributiva. 109.

Quale sit peccatum, quod distributivæ opponitur. 110.

89. PRima sententia est Buridani, quem aliqui RR. secuti sunt, Iustitiam distributivam non differre essentialiter, & ex motivo à justitia commutativa, sed solùm accidentaliter, seu materialiter.

Secunda sententia valde communis est, quòd differant per respectus ad diversas æqualitates. Commutativa enim respicit, & intendit constituere æqualitatem arithmeticam, distributiva verò æqualitatem geometricam, seu inter duas proportiones. Æqualitas arithmetica versatur intra duos terminos; ut, si tu habeas Ius exigendi decem, & ego solvam decem: Geometrica æqualitas est æqualitas inter duas proportiones, & versatur inter quatuor terminos, seu realiter, seu virtualiter distinctos: v.g. sicut se habent duo ad octo, ità se habent 4. ad 16. unde si Petri merita in Republica se habent ad merita Pauli, sicut octo ad duo, debet in distributione cum simili excessu accipere.

90. Tertia sententia est, ingeniosa valde, P. Martini Esparza, qui imprimis docet, Iustitiam distributivam non minùs quàm commutativam, respicere jus & debitum strictè dictum, ità ut si lædatur, non minùs teneatur lædens ad restitutionem, quàm qui lædit justitiam commutativam. Unde infert, quòd non pertineat ad justitiam distributivam distribuere inter membra communitatis bona communia, si nullâ lege, aut pacto priùs constitutum est, ut talis distributio fieret: talis enim distributio (ut hic auctor vult) pertinet vel ad liberalitatem & munificentiam, vel ad gratitudinem. Quando autem lex aut pactum præcessit, tunc fuit membris communitatis quæsitum jus, non quidem jus in re, sed jus ad rem.

91. Docet secundò, quòd justitia distributiva duo Iura attendat, illisque satisfaciat indivisim. Unum est jus ad rem ipsorum membrorum communitatis, ut jam dictum est, alterum Ius est penes ipsam communitatem, quæ antecedenter ad distributionem habet jus in re in illis bonis, ità quidem, ut per distinctionem hoc

Ius

Ius non omnino amittat, sed tantùm aliquo modo immutet, quatenus ex jure in re, fit jus ad rem, cùm econtra membra communitatis per ipsam distributionem ex jure ad rem acquirant Ius in re. Quando ergo distributor exercet Iustitiam distributivam, debet attendere utrumque jus & utilitatem, tam communitatis, quàm membrorum, sed principaliùs bonum communitatis.

92. Docet 3. Justitiam distributivam non exerceri, nisi in distributione officiorum, quæ nimirum ità conferuntur, ut ille, cui confertur, hoc ipso obligetur communitati administrare tale officium in bonum communitatis, atque sic communitas habet adhuc jus ad rem, scilicet ad officium illud, quatenus habet sibi obligatum in suum commodum. Itaque secundùm hunc auctorem differt deniq; justitia distributiva à commutativa, quòd illa respiciat principaliter bonum communitatis in distributione officiorum cum prædicta obligatione, cùm econtra Iustitia commutativa principaliter attendat Ius personæ privatæ, & nullam inducat obligationem solvendo, quod illi debetur. Prolixus est auctor in hac sua doctrina persuadenda.

Quarta sententia est, justitiam distributivam à commutativa unicè differre per hoc, quòd respiciat debitum diversæ omnino rationis, nempe debitum non strictè dictum, nec fundans obligationem restitutionis, casu quo lædatur, & quòd principaliter attendat bonum communitatis, cujus bona distr buit. Ità sentiunt Suarez *Opusc. de Iust. s. 3. n. 14.* Rebellus *lib. 1. de Prælud. Iust. q. 3. s. 3.* Lessius *lib. 2. c. 1. dubit. 4. in fine & c. 32. dubit. 3. cum pluribus à se citt.* Lugo *d. 1. s. 3. à n. 47.* Joan. di Castillo: *lib. 2. tr. 2. d. 7. dub. 3. n. 57.* & hæc sententia mihi verissima videtur, quam ut ordine tradam

93. DICO 1. Justitia distributiva non merè accidentaliter, aut materialiter, sed essentialiter, & specie differt à justitia commutativa. Ità cum S. Thoma cæteri Theologi contra primam sen. Probatur Conclusio. Potest assignari motivum formale diversum, ut infrà dicemus: ergo est diversa utriusque species.

94. DICO 2. Æqualitas arithmetica & Geometrica non est sufficiens ratio diversificandi specie theologicâ Justitiam Commutativam & Distributivam. Probatur 1. Si hæc esset unica ratio diversificandi illas virtutes, deberet Iustitia distributiva semper exerceri circa proportionem Geometricam, & econtrà Iustitia Commutativa nunquam deberet exerceri circa proportionem Geometricam: sed neutrum est verum. Ergo &c. Minor probatur quoad primum membrum. Quando vacat aliquod officium, tunc est conferendum hujusmodi officium, & quidem ex Iustitia Distributiva: atqui tunc non observatur proportio Geometrica, quia officium consistit in indivisibili, & non potest nisi uni conferri: cæteris autem, qui fortassis essent etiam digni, nihil confertur, vel si non nisi unus dignus est, illi soli potest conferri: ergo tunc non observatur proportio Geometrica inter merita subditorum inter se comparatorum, & dona. Quòd autem hujusmodi collatio officii pertineat ad Iustitiam distributivam, est communior Sententia Theologorum, & constabit ex dicendis.

95. Respondent, adhuc observari proportionem Geometricam, quatenus comparatur dignus cum non dignis, & officium cum negatione officii. Sed contra est, quia potest contingere, ut plures sint digni, & quidem æqualiter, vel, etiamsi unus sit cæteris dignior, cæteri tamen, illo digniore absente, essent etiam digni, & tamen hîc & nunc nihil accipiunt, quamvis non careant omni dignitate. Deinde si comparatio digni cum non dignis esset observatio proportionis Geometricæ, sequeretur, quòd etiam Iustitia Commutativa semper observaret hanc proportionem, quando solvit aliquod debitum: quia semper comparat illum qui habet jus cum eo qui non habet jus; v. g. quando solvit centum Petro, ideo dat omnes centum Petro, & nihil Paulo, quia Petrus habet jus ad centum, & Paulus ad nihil: alioquin si Paulus haberet jus ad. 20. & Petrus ad. 80. deberet hac proportione solvere: atqui nemo dicit, in priori casu observari proportionem Geometricam.

96. Probatur jam minor quoad secundum membrum, & declaratur in contractu Societatis, ubi lucrum debet distribui inter socios per partes proportionales ad summam, vel operam, quam contulerunt. Pari modo quando quis habet plures creditores summarum inæqualium, & non potest omnibus satisfacere, debet solvere omnibus & singulis secundùm proportionem Iurium quæ habent. Neque refert, quòd hoc fit per accidens ex defectu majoris pecuniæ. nam ratio specificativa unius virtutis ne quidem per accidens potest convenire alteri speciei.

97. Probatur Conclusio. 2. Quia illæ diversæ æqualitates non sunt aptæ inducere diversam formaliter honestatem in actus, nisi aliquid aliud accedat: quapropter licèt possent specificare habitus & actus pertinentes ad Mathesin, non tamen pertinentes ad considerationem Theologicam aut Iuridicam.

98. Objici solet auctoritas Aristotelis & S. Thomæ, imò communis sensus DD. qui uniformiter antehac & etiamnum, paucis exceptis, discrimen inter illas duas Iustitias desumpserunt ex diversa æqualitate & proportione. ℟. Cum Lugone, Dicastillo & aliis, negando, quòd vel ab Aristotele vel à S. Thoma fuerit illa diversa æqualitas assignata pro motivo specificante; voluerunt enim solùm dicere, illas æqualitates diversas plerumque & regulariter observari à di-

versis illis Iustitiis, quamvis per accidens aliter fieri possit.

99. DICO 3. Quandocunque vel ex lege, vel ex pacto datur in membris communitatis Ius ad rem strictè dictum, tunc, quando proportionaliter ad illud Ius fit distributio bonorum communium, hæc distributio non fit ex Iustitia distributiva, sed commutativa. Probatur primò ad hominem contra adversarium, qui expressè fatetur, quòd quando hoc modo distribuuntur pecuniæ redundantes in Republica, vel alia bona (officiis exceptis) quòd, inquam, talis distributio, supponens Ius ad rem, fit actus Iustitiæ Commutativæ, & non Distributivæ. Unde subsumo: atqui non est alia ratio in distributione officiorum: ergo vera est Conclusio. Minor probatur primò auctoritate tum Aristotelis tum S. Thomæ, qui docent, non minùs exerceri Iustitiam distributivam in distributione pecuniarum quàm officiorum. Ita habet Aristoteles 5. *Eth. c. 2.* S. Thomas verò *ar. 3. in 2. arg.* *Distributio* inquit, *quæ pertinet ad Justitiam distributivam est pecuniæ, vel honoris vel aliorum, quæcunque dispartiri possunt inter eos qui communitate communicant.* Unde subsumo: atqui distributio pecuniæ supponens Ius ad Rem, non ampliùs pertinet ad Iustitiam distributivam, imò secundùm adversarium nunquam pertinet, quia, ut ipse putat, quando non supponit Ius ad rem, fit ex virtute liberalitatis vel gratitudinis, vel munificentiæ &c. ergo cùm nec Aristoteles, nec S. Thomas, nec alius ullus DD. unquam fecerit discrimen inter distributionem pecuniæ, aut officiorum, supposuerunt utique, quòd ex eodem capite impediatur exercitium Iustitiæ distributivæ in officiis, ex quo impeditur in pecuniis: atqui in his impeditur, quando datur Ius ad rem: ergo & in officiis.

100. Probatur 2. Quia discrimen quod adversarius assignare conatus est, nullum esse videtur. Quòd enim ille qui accipit officium, obligetur Communitati ad officium rectè administrandum, nullo modo impedit quominus illi conferatur ex Iustitia Commutativa: idque ostendo evidentibus exemplis: & imprimis dissimulo, quòd in quibusdam Regnis & Provinciis officia emantur, ubi nemo sanus dixerit illa conferri ex Iustitia Distributiva, & tamen emptores contrahunt obligationem ea fideliter administrandi. Exemplum clarissimum est in collatione Beneficii ad quod aliquis est præsentatus, qui enim præsentatur, acquirit Ius ad beneficium, & quando ab Ordinario instituitur, Ordinarius, seu illius Vicarius exercet actum Iustitiæ Commutativæ tam erga Præsentatum, quàm erga Patronum, & tamen Beneficiatus contrahit obligationem administrandi fideliter beneficium, serviendíque Communitati. Aliud exemplum sit, quando Iaculatores conferunt certam summam eo pacto, ut qui ex certantibus metam propius attigerit, plus accipiat: hanc distributionem nec P. Esparza negaverit fieri ex Iustitia Commutativa, & tamen solet habere annexum pactum, quo obligantur certis diebus se exercere, & hoc in bonum Communitatis, ut se reddant idoneos ad defendendam patriam.

101. Probatur 3. Ad illam Virtutem pertinet Distributio, ad quam pertinet Restitutio casu quo fuerit violata: sed Restitutio pertinet semper ad Iustitiam Commutativam: ergo &c. Minor probatur quoad Officia, nam in cæteris etiam adversarius consentit. Ponamus ergo, Petro conferri Officium Consulis, præterito Paulo qui habebat Ius ad Rem. Quæro, vel valet collatio, vel non valet: si dicas valere evidenter sequitur, non posse Restitutionem fieri à Iustitia Distributiva, ut enim ab hac fieret, deberet Petrus ab officio removeri; & Paulo conferri, alioquin non observabitur illud duplex Ius, quod vult observandum esse adversarius, ut suprà retulimus: atqui falsum est, debere hoc modo fieri Restitutionem, nec enim sine injuria posset Petrus amoveri, si sit cæteroquin idoneus ad officiũ, sed debet tunc Paulo fieri restitutio aliis modis, quantùm illius intererat, fuisse sibi collatum officium, & hanc Restitutionem debet distributor facere ex propriis bonis, & hæc restitutio, in omnium sententia pertinet ad Iustitiam Commutativam. Si verò dicas, collationem non valere, quæro, ex qua lege hoc probet adversarius; nam certi juris est, quòd per se loquendo, Ius ad rem non invalidet translationem dominii in alium. Prætereа sequeretur, omnia acta hujusmodi consulis fore nulla, saltèm si constaret, quòd alius habuisset Ius ad rem ob majorem dignitatem: quod est contra sensum communem & praxin.

102. DICO 4. Nec ad Iustitiam Distributivam, nec ad Commutativam spectat, tribuere Communitati Ius ad Rem, hoc est, ad Officium, obligando officialem Communitati ad bonum illius procurandum. De Iustitia Commutativa certa est Conclusio. De Distributiva probatur. Suppono autem, quòd Iustitia Distributiva principaliter exerceatur à Communitate vel à Capite communitatis, repræsentante ipsam communitatem: quod si distributio fiat ab aliquo officiali, is non suo sed Communitatis nomine distribuit. Ratio est, quia distributio fit principaliter ab eo, cujus sunt ipsa bona quæ distribuuntur; sed bona quæ distribuuntur ex Iustitia distributiva sunt bona Communitatis: ergo hæc est quæ principaliter distribuit. Hoc posito probatur Conclusio in exemplo. Quando Capitulum confert alicui ex Capitularibus Beneficium, exercet Iustitiam Distributivam etiam in sententia adversarii: atqui tunc non tribuit Capitulo Ius ad Rem. ergo Iustitia distributiva non tribuit Ius ad rem. Minor probatur.

Quia

Quia nemo tribuit sibi ipsi Ius, nec exercet Iustitiam erga se.

103. Dices. Capitulum verè acquirit Ius ad Rem: ergo aliquis illi tribuit: non nisi Capitulum per distributionem: ergo &c. Respondetur negando, quòd Capitulum per collationem Beneficii acquirat jus ad rem, hoc est, ad Beneficium (ut vult adversarius:) nam Ius ad rem respicit immediatè personam, quam sibi habet obligatam ad aliquid tradendum, vel præstandum: Ergo si Capitulum acquireret Ius ad Beneficium, Beneficiatus non posset illud retinere, sed esset obligatus ad illud resignandum in manus Capituli: & sanè est ex terminis absurdum, quòd dum ego alteri confero Ius in re, per hanc ipsam collationem acquiram Ius ad illam ipsam rem. Hoc inquam, tam manifestè implicat, quàm implicat, quòd dum se quis alteri vendit in servitutem, per hanc venditionem acquirat Ius ad manumissionem. Itaque Capitulum non acquirit Ius ad rem, hoc est, ad Beneficium, sed acquirit Ius ad rem, hoc est, ad exigendos actus à Beneficiario præstandos ex natura beneficii ad quos se obligat dum acceptat Beneficium: hoc ergo Ius ad rem non confert Capitulum sibi ipsi, sed provenit à voluntate acceptantis beneficium, qui se vult ad hos actus obligare, sicut qui mihi locat operam suam, dat mihi Ius ad exigendas operas.

DICO 5. Justitia Distributiva differt essentialiter à Commutativa per hoc, quòd in distributione bonorum communium attendat, & respiciat debitum minùs strictum, hoc est, quod quidem debitum non est Ius ad rem, fundans obligationem restituendi, sed quod consistit in dignitate majore, vel minore eorum, qui in tali Communitate continentur, ordinando hujusmodi distributionem principaliter in bonum Communitatis. Ità AA. quartæ sent. & est meo judicio aperta sententia S. Thomæ, nam q. 61. a. 1. ad 5. sic ait: *Dicendum, quòd Justitia Distributiva & Commutativa non solùm distinguantur secundùm unum & multa, sed secundùm diversam debiti rationem. Aliò enim modo debetur alicui id, quod est commune, & alio modo id, quod est proprium.* Subsumo, atqui si Iustitia distributiva attenderet Ius & debitum strictè sumptum, non aliò modo deberetur id, quod est commune, ac illud, quod est proprium, ut patet in Contractu Societatis, in divisione bonorum communium, v. g. ex hæreditate, vel legato debitorum: ergo S. Thomas agnovit debitum minùs strictum. Conclusio non egeret aliâ probatione, quàm refutatione aliarum sententiarum, & objectionum solutione. Nihilominus

104. Probo Conclusionem à priori ex supradictis de Iure activo strictè dicto. Illa Iustitia non attendit Ius strictè dictum, cujus obligatio est independens à voluntate libera illius erga quem exercetur, nec ab eo est remissibilis. Sed obligatio justitiæ distributivæ est obligatio independens à voluntate illius, erga quem exercetur: ergo, &c. Minor probatur. Distributor bonorum communium obligatur ad offerendum plus bonorum digniori, & minus bonorum minùs digno secundùm proportionem Geometricam per se loquendo, ità quidem ut is, qui est magis dignus, non possit hanc obligationem suâ voluntate cessivâ remittere. Potest quidem nolle acceptare beneficium, sed non potest facere, quominus antecedenter ad declarationem hujusmodi voluntatis non acceptandi, obligetur distributor ei deferre, quia debet attendere bonum commune, cui non potest præjudicare voluntas privati: sicut in simili, potest quidem homo in gravi necessitate constitutus nolle accipere oblatam eleëmosynam, sed non potest antecedenter deobligare divitem ab offerenda eleëmosyna ex charitate.

105. Objicies. Ex nostra Conclusione sequitur, Iustitiam Distributivam non esse Iustitiam propriè dictam, vel saltèm æquivocè talis enim erit Iustitia, quale est Ius, seu debitum, quod respicit: sed Ius minùs strictè sumptum non est Ius propriè dictum: ergo nec Iustitia distributiva erit justitia propriè dicta. Respondet Card. de Lugo, in hoc posse fieri quæstionem de nomine, & posse sequelam cum Suarez, & Rebello concedi: quia tamen communi usu solet vocari Iustitia, sicut etiam Punitiva, seu Vindicativa, quæ tamen non respicit Ius propriè dictum, reatus enim ad pœnam non rectè diceretur Ius ad pœnam, ideo potest simpliciter vocari Iustitia. Meliùs tamen

106. Responderi potest 2. Negando sequelam: pro quo advertendum est, illos, quibus tanquam dignis proportionaliter distribuuntur bona communia, posse considerari dupliciter: primò prout sunt pars Communitatis, seu Communitas inadæquatè sumpta: Secundò prout sunt personæ distinctæ à cæteris constituentibus communitatem. Posteriore modo considerati nullum habent Ius strictum in illis bonis: priore modo considerati habent Ius in re, sed inadæquatum inadæquatione *subjecti*, non inadæquatione *objecti*. Itaque considerati posteriore modo accipiunt per distributionem illud, quod est illorum consideratorum priore modo. Eleganter hoc expressit D. Thomas in responsione ad secundum, ubi sic objiciebatur ad probandum, quòd justitia Distributiva non sit species Iustitiæ. *Actus enim Justitiæ est reddere unicuique, quod suum est: sed in distributione non redditur alicui, quod suum erat, sed de novo appropriatur sibi id, quod erat commune.* In hoc argumento τὸ *suum* non accipitur rigorosè pro Iure in re, sed pro Iure prout præscindit à Iure in re, & à Iure ad rem, ut omnes tradunt, alioquin major esset falsa, quam tamen, & rectè, concedit S. Thomas juxta explicationem suprà traditam.

tam. Respondet ergo ad minorem propositionem, non quidem simpliciter illam negando, sed cum distinctione jam insinuata: *Dicendum, inquit, quod sicut* Pars *&* Totum *quodammodo sunt idem, ità id, quod est totius, quodammodo est partis: & ità cùm ex bonis communibus aliquid in singulos distribuitur, quilibet aliquo modo recipit, quod suum est.* Hæc S. Thomas.

107. Hinc autem facilè declaratur primò: quomodo Iustitia Distributiva nec impropriè, nec æquivocè, sed univocè sit Iustitia, intelligendo nimirum per Iustitiam in genere, prout abstrahit à Commutativa & Distributiva, virtutem, quæ Ius suum tribuit unicuique, vel *suum* prout est pars Communitatis, vel suum, prout est persona privata à cæteris distincta, ab utroque præscindendo.

108. Declaratur 2. Quare non exerceatur Iustitia distributiva, quando officium aliquod confertur extraneo ex consensu communitatis. Ratio, inquam, ex dictis patet, quia Iustitia distributiva non respicit solam dignitatem, neque dignitas est adæquatè Ius illud, quod attenditur à justitia, sed insuper requiritur, ut illa persona erga quam exercetur Iustitia Distributiva, sit pars communitatis, & quà talis habeat Ius strictè sumptum, inadæquatum inadæquatione *subjecti*, ut dictum est. Cùm igitur extraneus hoc Iure careat, non potest circa ipsum exerceri Iustitia Distributiva.

109. Infertur 3. Distributionem onerum, & contributionum plùs participare de Justitia Commutativa, quàm de Distributiva. Non enim meretur nomen justitiæ, nisi in quantùm non imponit uni plus, quàm vires illius ferant, cum proportione ad aliorum vires majores, aut minores: nam hoc modo exercetur Iustitia, conservando Ius jam priùs habitum: nempe Ius, ut non gravetur ultrà vires, & proportionem. Imponendo verò onus non confertur aliquod Ius passivum, sed potiùs aufertur, ut patet. Jam verò, hoc, quod est: non onerare ultrà vires: pertinet propriè ad Iustitiam Commutativam, quia observat Ius strictè dictum, & si non observetur, est facienda restitutio ex Iustitia Commutativa, ut observavit Lugo. Nihilominus illa distributio participat aliquid de Iustitia Distributiva, quatenus hujusmodi impositio onerum ordinatur in bonum Commune, & observatur proportio Geometrica, & hoc sensu potest vocari Iustitia Distributiva, in acceptione largiore, quo sensu multi actus tribuuntur Iustitiæ Distributivæ, v. g. quando Paterfamilias facit distributionem in sua familia. Imò S. Thomas *q. 63. a. 4. ad* 1. ait, ipsum actum Iudicii, quo Judex aliquid uni adjudicat contra alterum, posse etiam dici actum Iustitiæ Distributivæ, cùm tamen, ut ibidem dicit, sit simpliciter actus Iustitiæ Commutativæ.

110. Infertur 4. Quale sit peccatum, quod Iustitiæ Distributivæ opponitur. Est nempe peccatum acceptionis personarum: neque enim est acceptio vitiosa personarum, quando quis liberaliter alicui aliquid donat præ alio æquè capaci illius boni, si neutri debeatur. Sic Deus non est acceptor personarum, quando ex duobus peccatoribus unum assumit ad gratiam, alium relinquit, ut docet S. Thomas, *q. 63. a. 1. ad 3.* Quare personarum acceptio secundùm eundem in C. opponitur Iustitiæ Distributivæ, & committitur, quando quis non ob merita, sed ex aliis causis, v. g. quia est consanguineus, amicus, &c. tribuit alicui, quod ratione meritorum, & dignitatis alteri deberetur. Hæc nobis de Justitia Distributiva sufficiant, qui principaliter Commutativam tradere constituimus.



CAPVT II.

DE INIURIA, ET OBLIGATIONE SATISFACIENDI PRO ILLA IN GENERE.

CONTROVERSIA I.

Quo sensu verum sit axioma: Volenti non fit injuria.

SVMMARIVM.

Injuria theologicè quid sit. 112.
Scienti & consentienti non fieri injuriam, de quali consensu sit intelligendum. 115.
Voluntas cessiva Iuris aliquando est efficax, aliquando inefficax. 116.
Quomodo verum, quod Beneficium non conferatur invito. 117.

Consen-

111. EXplicatâ Iustitiâ, & jure in genere, declarandi sunt actus Justitiæ oppositi, quibus alterius Ius læditur: potest autem alterius Ius lædi, vel voluntariè, vel non voluntariè. Si lædatur voluntariè, hoc est, cum cognitione juris alieni, dicitur & est injuria formalis Theologicè loquendo. (nam aliter injuriam sumunt Juristæ, ut infrà dicetur.) Si verò lædatur absque cognitione Iuris alieni, est injuria merè materialis. Uterque modus lædendi Ius alienum fundat obligationem satisfaciendi pro damno illato, ut patebit ex dicendis. Prior tamen modus venit potissimùm in considerationem Theologicam.

112. Injuria itaque Theologicè sumpta aliud non est, quàm voluntaria actio, vel omissio actionis contra Ius alterius. Constat ex disputatis de Iure superiùs. Cùm enim Ius activum realiter loquendo, aliud non sit, quàm voluntas naturæ rationalis, vel propria, vel interpretativa, vi cujus alter est obligatus in commodum hujus aliquid agere, vel non agere, hoc ipso quamdiu subsistit tale Ius, neque est extinctum contrariâ voluntate, actio contraria est injusta, quia est contra specialem obligationem, ad quam implendam obligabat virtus Iustitiæ.

113. Hinc nata est Regula Juris 27. de Reg. Jur. in 6. *Scienti & consentienti, non fit injuria, neque dolus.* Et Regula 187. ff. eod. tit. *Nemo videtur fraudare eos, qui sciunt & consentiunt.* Et S. Thomas *q.* 59. *a.* 3. cum Aristotele 5. *Eth. cap.* 9. Supponit id lumine naturæ notum esse.

Ne autem sensus hujus Regulæ pervertatur, sed legitimus sit & universalis, referendi sunt aliqui casus, in quibus videri posset falsificari, eò quòd etiam sciens & consentiens injuriam patiatur.

Primus est. Qui solvit fæneratori usuras propter mutuum ab eo acceptum, sciens utique & consentiens facit, & tamen fænerator accipiendo solutionem committit injuriam, & tenetur ad restitutionem usurarum.

Secundus. Marito quantumvis consentienti in adulterium uxoris, fit injuria tam ab adultero, quàm ab adultera.

Tertius. Consentienti in suam necem, vel mutilationem, adhuc fit injuria ab occisore, aut mutilante.

Quartus. Clerico quantumvis consentienti fit injuria à percussore. *C. contingit de sententia excommunicat.*

114. Quintus. Qui ex metu gravi & injusto consentit in damnum suum, verè & liberè consentit, & tamen patitur injuriam, non solùm patiendo metum, sed etiam damnificatione in quam consentit. Pro similium casuum resolutione

115. Notandum est primò: Regulas allatas non posse intelligi de quacunque voluntate, seu complacentiæ, seu gaudii, seu desiderii circa actionem illam, quâ quis læditur in bonis suis. Nam Christus Dominus & Martyres verè passi sunt injuriam, non obstante desiderio, quod habuerunt patiendi. Sap. 5. *Stabunt Justi* (ante tribunal Christi) *in magna constantia adversus eos, qui se angustiaverunt.* Pari modo maritus verè patitur injuriam per uxoris adulterium, etiamsi fortè desideret adulterium uxoris in eum finem, ut possit petere divortium, vel lucrari dotem, vel recusare debitum conjugale: hæc enim omnia supponunt, per adulterium factam fuisse injuriam. Requiritur ergo voluntas talis, quâ quis dicitur velle cedere jure suo, saltèm quoad aliquem actum & effectum, & hæc voluntas debet alteri innotescere: De hac ergo voluntate quæritur, utrum semper sufficiat, ut alter non faciat injuriam per actionem læsivam, quâ faceret injuriam, si alter non cederet Jure suo.

116. Notandum 2. Voluntatem propriam cessivam Iuris, aliquando esse efficacem, aliquando inefficacem. Efficax est, quando à nulla superiore potestate inhabilitatur: inefficax est, quando inhabilitatur. Aliquando autem inhabilitari constat in pupillo, minorenne, conjuge, filiofam. &c. qui in certis casibus non possunt, etiamsi conentur, Ius suum abdicare, quin alter maneat obligatus ad illud non lædendum, vel si læsit, ad reparandum, lege videlicet altiore resistente propter bonum Reipublicæ hoc exigentis. Quemadmodum enim expediebat subditis, ut in certis casibus possent ex sola superioris voluntate, sine ulla voluntate propria, acquirere Ius, & alios habere sibi obligatos, ut patet in infantibus, ità ad rectam gubernationem spectabat potestas etiam subditis invitis, quandoque eorum Iura conservandi. Et licèt hoc videri posset fieri contra subditorum voluntatem, reverà tamen fit juxtà eorum voluntatem implicitam, universalem, & primariam, ac absolutam, quâ in potestatem superioris consenserunt, eíque se subjecerunt, vel aliunde subjecti sunt, nec possunt se pro libitu tali potestati subtrahere. Quin imò potestas superioris non solùm potest Iura subditorum modo prædicto conservare, sed è contrario ea etiam extinguere, ipsis quantumvis repugnantibus & invitis, in quantùm felicitas Reipublicæ talem potestatem requirit.

rit. Hinc poteſt Magiſtratus in ædificiis exſtruendis certos terminos altitudinis præſcribere, cùm alioquin unicuique Ius eſſet ad Cœlum usque ædificandi, poteſt item ſervitutes imponere prædiis, & domibus, v. g. ut tranſitus ſit liber, ut ad puteum pateat acceſſus omnibus, &c.

117. Dices: Beneficium non confertur invito, Reg. 69. ff. de R. J. ergo nec invito conſervatur Ius. ℞. Antecedens eſſe tantummodo verum, per ſe loquendo, & quando eſt rationabiliter invitus: aliàs ſæpè fallit, ut ibidem notat gloſſa, & habetur exemplum in lege, *non tantùm ff. de appellationib.* ubi gloſſa notat, invito fieri Beneficium: ità communis habet ſententia, poſſe meum votum, & juramentum à Pontifice ſolvi me invito. Item intelligendum eſt de tali beneficio, cujus collationis valor requirit acceptationem. Aliter explicat P. Eſparza, quòd Beneficium in ſpeciali ratione Beneficii, ſive *formaliter* non conferatur invito, quia Beneficium ut Beneficium, debet eſſe gratum, & juxta complacentiam accipientis, & ſine moleſtia, quam afferret, ſi eſſet invitus. Accepit fortaſſis hanc explicationem ex gloſſâ in cit. Reg. ubi Ratio regulæ redditur his verbis. *Beneficium enim affert gaudium capienti, & invitus nemo gaudet.* Hæc quidem doctrina in ſe vera eſt, ſed non ad ſenſum, & mentem Regulæ. His poſitis

118. DICO 1. Conſentienti voluntate efficaciter ceſſivâ Iuris, non fit injuria ullo modo. Patet ex dictis. Injuria non eſt, ubi in altero Ius non reſiſtit: ſed quando alter ceſſit efficaciter jure ſuo, jus non reſiſtit, imò pro tali actu moraliter non exiſtit, ſed eſt ſublatum, vel ſuſpenſum. Ergo, &c.

119. Ad caſus in oppoſitum allatos ſufficit in præſenti dare reſponſionem conditionalem, nam abſoluta aliò ſpectat. Itaque, vel Maritus, Clericus, occidendus, aut vulnerandus habet voluntatem non ligatam, adeóque efficacem non tantùm in affectu, ſed etiam in effectu ad cedendum jure ſuo, vel non. Si primum, dicendum eſt non fieri illis injuriam, & ità docet abſolutè Lugo: Si ſecundum, dicendum eſt adhuc fieri injuriam, quia illius voluntas eſt moraliter nulla, quatenus non poteſt, etſi velit cedere jure ſuo, & manet moraliter voluntas obligans in voluntate ſuperioris.

Breviter tamen dicamus aliquid ad caſus in particulari.

120. Quoad uſuras nulla eſt difficultas. Nam vel Mutuatarius ſcit, commoditatem mutui non eſſe pretio vendibilem (quod eſt fundamentum, quare uſuræ ſint prohibitæ) vel neſcit. Si ſcit, tunc iterum eſt diſtinguendum: vel ſolvit uſuras adactus neceſſitate, ſine animo donandi, & tunc patitur injuriam, quia non habet voluntatem cedendi ſuo jure ad recipiendas uſuras, & ſi non reſtituantur uſuræ, eſt verè invitus. Si ſolvit non coactus aliquâ neceſſitate, ſed ſponté, & ſpe lucri majoris, tunc ſi habet animum donandi ex motivo, v. g. gratitudinis (nam qui dat mutuum ſine uſuris, facit Beneficium) non habet jus repetendi. Si verò ſolvit neſciens invaliditatem contractûs, patitur injuriam, quia decipitur invitus & ignarus.

121. Quoad Maritum, aliqui putant, non poſſe eum cedere jure ſuo cum effectu, ità ut ei non fiat injuria per adulterium uxoris. Ità Dicaſtillo & Eſparza. Verùm probationes eorum non evincunt intentum. P. Joannes Dicaſtillo probat ex eo, quòd contractus matrimonii ſit irrevocabilis. Hæc tamen argumentatio ſimilis eſt huic. Deus non poteſt abdicare dominium ullius creaturæ. Ergo non poteſt facere, ut uſus alicujus creaturæ non ſit injuſtus. Negatur conſequentia. Itaque, ut bene advertit Lugo, argumentum nihil probat, quia nimiùm probat. Probaret enim, ſi quid probaret, quòd conjuges non poſſent cedere jure ſuo, quoad Ius petendi debitum, quòd nemo dixerit, cùm hoc fieri poſſet per votum utriúſque conſenſu emiſſum. Præterea per adulterium amittitur jus proximum petendi debitum, & tamen manet matrimonium.

122. P. Eſparza potiſſimùm probat ex eo, quòd ſolùm illis Iuribus cedere poſſimus, quorum ceſſio poteſt ad majus bonum obtinendum ſervire, quàm eorum retentio. Atqui talis non eſſet ceſſio Iuris in ordine ad adulterium. Ergo, &c. Ad hoc tamen dupliciter reſponderi poteſt: primò: negando fundamentum, quod hic auctor ſupponit & non probat: certè non eſt neceſſe, quòd defacto ipſa ceſſio Iuris plus boni afferat, quàm afferret retentio, ut apparet in eo, qui ſua vitiosè prodigit: unde ergo conſtat adverſario, quòd ſaltèm debeat eſſe aptum afferre plus boni aliquando? Reſponderi poteſt 2. negando minorem. Non enim ſunt impoſſibiles caſus, in quibus ceſſio illa Iuris poteſt marito plus boni & commodi afferre, quàm retentio illius. Fingamus enim, quòd uxor fortaſſis offenſa à marito, præcisè ideo vult adulterari, ut maritum injuriâ afficiat, non commiſſura adulterium, ſi ſciret maritum non eſſe invitum: quo caſu poteſtas cedendi Iure ſuo ſerviret marito ad impediendum adulterium, quod committeretur, ſi invitus eſſet, & vellet retinere Ius ſuum: cedendo enim Iure ſuo aufferret uxori motivum adulterandi. Alium caſum fingit Lugo *d.* 8. *n.* 14. nempe ſi maritus certus eſſet, uxorem æquè adulteraturam eſſe, ſive cedat ſive non cedat Iure ſuo, & ideo ſolùm cedere vellet, ut hâc ratione impediret unam peccati ſpeciem.

Eodem modo reſponderi poſſet ad caſum homicidii, vel mutilationis, transmittendo pro nunc, quòd per occiſionem fiat vera injuria occiſo, quod an verum ſit, infrà videbimus.

123. Quoad Clericum dicendum eſt, Ius illud Canonis, ſicut & privilegium fori non eſſe

penes

penes unum privatum Clericum, sed residere penes totum Clerum, tanquam personam fictam, ac proinde unum privatum non posse illo cedere, nisi ad summum, quantùm concernit illius personam privatam secundùm se spectatam, & secundùm alias dignitates, quàm sit Clericatus, cui ut sic non fieret injuria, si cederet jure suo: v.g. si simul esset Comes, non posset petere satisfactionem competentem dignitati comitis.

Quoad ultimum casum de metu injusto constabit ex dicendis de Contractibus. Breviter nunc dico, ipsam incussionem metûs contra naturalem libertatem esse injustam, & ideo eum, qui talem metum incutit, teneri ad omnia damna subsecuta, inter quæ est etiam consensus in alienationem pecuniæ, vel cujuscunque alterius rei, nisi postmodum, cessante metu cedat jure suo, qui metum & damnum passus est.

124. DICO 2. Consentienti voluntate inhabilitatâ ad cedendum Iure suo adhuc fit injuria. Sequitur ex dictis. Manet enim totum Ius, quia voluntas illa moraliter est, ac si non esset, cùm prævaleat voluntas superior: ergo per voluntatem contrariam læditur Ius, alioquin inhabilitatio penitus inutilis esset.

125. Quærunt aliqui, utrum in tali casu committeretur injuria ejusdem speciei Theologicæ, qualis committeretur, si læsus suâ voluntate propriâ etiam repugnaret, & nollet cedere jure suo. P. Martinus Esparza probabiliter docet fore speciem diversam injuriæ. Probat: quia ex communi DD. sententia Rapina est specie diversa injuria à simplici furto, propter violentiam, quæ in rapina intervenit: atqui, qui etiam propriâ voluntate resistit injuriæ, patitur violentiam, non item ille, qui sponte consentit: ergo erunt injuriæ specie diversæ. Alius quidam Recentior Hispanus censet fore quidem intra eandem speciem, sed secundùm diversum gradum malitiæ: quia quò magis est involuntaria rationabiliter injusta actio, eò est magis injuriosa. Rationem ulteriorem reddit à pari. Sicut lex positiva Ecclesiastica faciens aliquam rem sacram, quæ essentialiter non est sacra, non potest facere, ut Simonia commissa in re non essentialiter sacra tantæ sit malitiæ, quantæ est Simonia commissa in re essentialiter sacra, ità lex inhabilitans voluntatem minorennis ad cedendum Iure suo, non potest efficere, ut peccatum contra Ius minorennis tantum sit, quando ipse sponte consentit, quantum esset, si propriâ voluntate resisteret. Et hoc posterius magis placet: quia in æstimatione morali non fit violentia talis speciei in casu quæstionis, qualis fit per Rapinam, alioquin in omni furto inesset violentia Rapinæ, quia in omni furto intervenit resistentia voluntatis illius, cui fit furtum.



CONTROVERSIA II.

Præceptum restituendi, seu reparandi Ius alterius læsum, sitne affirmativum, an negativum.

SVMMARIVM.

126. Restitutionis vocabulum aliter à Juristis, aliter à Theologis usurpatur. Apud Juristas varias habet significationes, quæ huc non pertinent, & apud P. Azor videri possunt. à Theologis etiam aliquando latiùs, aliquando strictiùs sumitur. Latè sumendo est rei alienæ, vel in se, vel in æquivalenti, redditio: intelligendo per *Rem* tam corporalem, quàm incorporalem, tam ad bona fortunæ, quàm ad bona animæ, aut corporis pertinentem, sive præsupponat læsionem factam, sive non præsupponat: ab his enim omnibus in hac significatione præscindit: quo sensu etiam Commodatarius, Mutuatarius, Creditor, dicuntur restituere Commodatum, mutuum, pignus. In præsenti verò tractatione adhuc strictiùs sumitur, pro reparatione Iuris alieni læsi, faciendo, ut læsus perinde se habeat (formaliter, vel æquivalenter) ac si nunquam læsus fuisset. A quo sensu non multùm abludunt duæ acceptiones Iuris, nempe *l.*35. & 75. ff. de V. S. Prima sic habet. *Restituere autem is intelligitur, qui simul & causam actori reddit, quam is habiturus esset, si statim Judicii accepti* (id est litis contestatæ) *tempore res reddita fuisset.* Altera idem breviùs. *Restituere videtur, qui id restituit, quod habiturus esset actor, si Controversia ei facta non fuisset.*

127. Certum est, extare præceptum naturale hujus restitutionis faciendæ. Tolle enim hanc obligationem, & innumeris furtis, ac injustis læsionibus viam aperuisti, quæ committerentur, si sola pœnitentia sufficeret, unde tandem omnis humana societas dissolveretur. Pronanat autem hæc obligatio ex eodem fonte, ex quo provenit obligatio non lædendi, nempe ex voluntate habentis Ius, non solùm ad hoc, quod est: *Non lædi*: Sed etiam ad hoc, quod est: Suppositâ læsione exigere restitutionem.

128. Controversia est, an hoc præceptum sit negativum, vel affirmativum. Pro cujus resolu-

solutione sciendum est, negativa præcepta illa dici, quæ eo modo quo obligant, pro omni tempore obligant, & illis potest satisfieri etiam sine ullo actu, nimirum, si omittatur ille actus, qui prohibetur; sunt enim præcepta prohibitoria, & ideo peccatum illis oppositum vocatur peccatum *Commissionis.* Hujusmodi præceptum est: *Non mœchaberis: non furtum facies.* Præcepta affirmativa sunt, quæ certum aliquem actum respiciunt, illúmque præcipiunt, & peccatum oppositum dicitur, *Omissionis:* quatenus omittitur actus ille, qui præcipitur. Hujusmodi præceptum est: audiendi sacrum die festo, communicandi tempore Paschatis.

129. Prima sententia docet, præceptum restituendi esse negativum. Ità Medina, Adrianus, Canus, Navarrus, Vasquez, Turrianus, quos refert, & sequitur Lugo, & di Castillo. Videtur etiam esse S. Thomæ. a. 1.

Secunda sententia vult esse affirmativum. Ità Sotus, Valentia, Lessius.

Tertia sententia est, quæ utramque quoad rem ipsam conciliat, dum dicit, esse explicitè affirmativum, in eo tamen virtualiter contineri negativum. Ità Molina, Rebellus, Layman.

Meliùs fortassè conciliabuntur sequentibus Conclusionibus.

130. DICO 1. Descendendo ad casus particulares seu speciales, præceptum restituendi nec semper est negativum, nec semper affirmativum, sed aliquando affirmativum aliquando negativum. Probatur Conclusio quoad primum membrum. 1. Si peccatum Injustitiæ aliquando est omissionis, tunc hoc ipso præceptum restituendi erit affirmativum, quia illi læsioni non poterit satisfieri nisi per actum positivum, quo ponatur illud, quod erat omissum. sed aliquando peccatum Injustitiæ est omissionis: ergo &c. Minor probatur variis exemplis. Qui ex me quærit, utrum Petrus sit homo verax an mendax, sciens, me habere bonam notitiam Petri, tunc ego, ne lædam famam Petri, teneor non omnino tacere, nam tale silentium esset tacita affirmatio, esse mendacem: si ergo taceo, pecco peccato omissionis, nempe non loquendo cùm deberem loqui: ergo vera est minor. Huic porrò injustitiæ non potest satisfieri nisi per actum positivum. Quodsi dicas, illud silentium esse peccatum commissionis, quia est virtualis locutio in his circumstantiis, adhuc tamen exemplum urget. quia tali læsioni non potest satisfieri per competentem restitutionem famæ, nisi per actum positivum, ut consideranti facilè patet, & paulò pòst magis declarabitur. Aliud exemplum sit. Si servus vel operarius conductus non laborat cùm deberet ex conditione vel contractu, & sic lædat dominum, tenetur hoc damnum cùm potest compensare: hoc non potest fieri nisi per actum positivum, & omissio laboris est peccatum omissionis. ergo &c. aliud exemplum est in eo, qui tenetur ex Iustitia ad tradendam rem venditam, & non tradit tempore debito, vel qui deberet alterum honorare depositione pilei, & non facit: hæc sanè sunt peccata omissionis, nisi fiat lis de nomine, nec potest, per se loquendo, fieri restitutio nisi per actum positivum: ergo &c.

131. Probatur 2. Si præceptum restituendi semper esset negativum, semper prohiberet actionem positivam: sed hoc est falsum: ergo &c. Minor probatur. Si ego combussi tuam domum, vel læsi tuam famam detrahendo, præceptum restituendi nullam actionem positivam prohibet, quia nulla potest assignari: ergo unicè præcipit positivam restitutionem.

Dices, prohibere Retentionem solutionis, & retractationis, quæ retentio est aliquid positivum. Verùm, hæc responsio est manifestè absurda. Nam retentio solutionis & retractationis, est formalissimè omissio solutionis & retractationis: ergo præceptum restituendi erit prohibitio omissionis solutionis & retractationis: sicut præceptum audiendi missam est prohibitio omissionis auditionis: ergo sicut hæc prohibitio omissionis est formalissimè præceptum affirmativum, nempe ipsius auditionis, ità prohibitio omissionis, solutionis & retractationis, erit formalissimè præceptum affirmativum solutionis & retractationis. ergo tua responsio confirmat probationem Conclusionis.

132. Probatur nunc Conclusio etiam quoad secundum Membrum, nempe quòd præceptum Restitutionis aliquando sit negativum, hoc est, cui possit satisfieri præcisè per omissionem, eò quòd prohibeat actionem positivam. Si ego possideam malâ fide fundum alienum, satisfacio præcepto restitutionis desinendo possidere, & non resistendo Domino volenti possessionem capere. hoc ipso enim si dominus capiat possessionem, cessat in me omnis obligatio: sicut in simili, si tu pressus extremâ inopiâ, non impediaris à me quominus ex meis bonis capias; quantùm tenerer ex charitate dare, si tu capias, cessat in me obligatio dandi eleemosynam. Pariter si ego domi detineam tuum canem, quem scio statim, ut liber dimissus fuerit, ad te rediturum, si actu non detineatur, & ad te redeat, cessat obligatio ponendi quidquam aliud: ergo aliquandò potest satisfieri præcepto restituendi per meram omissionem retentionis, quæ non consistet in aliquo positivo, sed in omissione alicujus positivi. Et quia prima sententia adhæc sola exempla respexit, ideo voluit, præceptum restitutionis esse negativum.

133. DICO jam 2. Præceptum Restitutionis in genere, & præscindendo à casibus particularibus, præscindit etiam ab hoc quod est: esse affirmativum, vel esse negativum. Sicut enim præceptum in genere præscindit à Præcepto affirmativo & negativo, quia descendendo

ad

ad species aliquid est affirmativum, & aliud negativum, ità dicendum erit de præcepto restitutionis, quod in specie aliquando est affirmativum, aliquando negativum, ut probatum est.

134. Probatur & declaratur ulteriùs. Tale est præceptum restituendi, quale est præceptum non lædendi jus alterius, seu breviùs, quale est præceptum Iustitiæ. sed præceptum Iustitiæ in genere præscindit ab esse affirmativum vel negativum, eò quòd aliquando in specie sit affirmativum, aliquando negativum. Ergo &c. Minor probatur. Servus tenetur ex Iustitia ad præstanda servitia domino, Mutuatarius ad solvendum mutuum, Commodatarius ad restituendum commodatum &c. hæc omnia præcepta sunt affirmativa. Econtra quilibet tenetur ex præcepto Iustitiæ non vulnerare alium, non detrahere famæ, non furari: item qui habet prædium serviens, tenetur non impedire alium ab actu quo utitur tali servitute: hæc sunt præcepta negativa: ergo &c.

135. Objicies 1. Ad probandum, quòd sit semper affirmativum. Si præceptum restituendi esset saltèm in casibus allatis negativum, tunc ne quidem minimo tempore liceret retinere rem alienam; consequens est nimis durum. ℞. Si res sit in illis circumstantiis, in quibus Dominus est rationabiliter invitus etiam pro minimo tempore, tunc conceditur sequela, quæ non est dura, cùm sit evidenter vera. secùs si esset irrationabiliter invitus, uti esset ille, qui gladium depositum vellet repetere ad occidendum alium: tunc enim non teneor permittere ablationem gladii, sed possum illum etiam vi retinere, imò ex charitate teneor retinere.

136. Urgebis: ergo fur per ipsum actuale furtum nondum infert grave damnum, sed solùm, postquam rem furtivam diu detinet: nam ad hanc solam diuturnam retentionem videtur Dominus rationabiliter invitus. ℞. Negando consequentiam. Nam ipsa ablatio furtiva, utpote quæ fit animo retinendi, jam est damnum verè afflictivum, quia habet annexum periculum moraliter certum, fore ut diuturna retentio sequatur ad talem ablationem: quis enim post furtum factum statim pœnitet & restituit? certè si quis talis est, is tam est rarus, ut nulla possit esse moralis spes restitutionis statim faciendæ. Itaque ipsa furtiva ablatio est malum distinctum ab actuali retentione, & est grave malum: ergo in ipso actuali furto infertur grave damnum.

137. Objic. 2. Retinere idem est, quod non restituere: ergo econtra: non retinere, idem est quod restituere. ergo præceptum restituendi est formaliter præceptum non retinendi: sed præceptum non retinendi est negativum: ergo & præceptum restituendi. ℞. Sicut omnis homo est animal, sed non econtra omne animal est homo, ità omnis retentio est nō restitutio, sed non è contrà omnis non restitutio est retentio: patet in exemplis allatis. qui enim alteri detraxit, quàdiu non retractat, non restituit, & tamen quæso, quid alienum retinet? an retinet famam apud se? si dicas quòd retineat retractationem, jam suprà refutatus es: nam retentio retractationis est formalissimè omissio retractationis: ergo præceptum non retinendi retractationem, est præceptum non omittendi retractationem; atqui non omittere retractationem est formalissimè retractare, quod est aliquid positivum: ergo à primo ad ultimum, præceptum restituendi famam, est præceptum retractandi, quod est, esse præceptum alicujus positivi: est ergo præceptum affirmativum. falsum ergo est, quòd omnis non retentio quatenus idem est quod restitutio, sit aliquid negativum: & falsum etiam est, quòd hoc quod est non retinere id quod restituendum est, sit restituere, nam qui famam læsit, nihil alieni retinet, retentione positivâ, nec tamen per hoc restituit.

138. Objic. 3. Prima læsio juris alieni est actio positiva. ergo etiam continuatio illius est positiva. sed non restitutio est continuatio primæ læsionis. ergo semper est positiva. ergo præceptum restituendi est formaliter prohibitio hujus positivi: quia est prohibitio continuationis, quæ est positiva. ergo est præceptum negativum; quia omnis prohibitio alicujus positivi est præceptum negativum. ℞. Imprimis antecedens esse falsum loquendo universaliter, ut suprà ostensum est, nempe ostensum est, posse lædi jus alienum per omissionem actionis debitæ ex justitia. Deinde loquendo de læsione quæ sit actio positiva, qualis est detractatio, concessò antecedente distinguitur consequens: continuatio physica est positiva, v. g. si detraham per integram horam, concedò consequentiam, continuatio moralis est positiva, nego consequentiam. nam hæc nihil aliud est, quàm non retractatio, quæ est negativum quid, ùt patet. Porrò est magnum discrimen inter continuationem physicam detractionis, & continuationem moralem. Continuatio physica est tota quanta contra primum præceptum Iustitiæ; *Non detrahes.* sed continuatio moralis est contra secundum præceptum: *si detraxisti, retracta.* primum præceptum est negativum, secundum est affirmativum, ut hactenus probatum est.



CONTROVERSIA III.

Quotuplex sit Radix fundans obligationem restituendi.

SVMMARIVM.

Duplex est radix Restitutionis. Ex re accepta. Ex injusta læsione. 140.
Explicatur prior Radix. 141.
Explicatur secunda Radix. 143.
Radix generalis quæ. eod.

139. Certum est primò, posse aliquem obligari ad faciendam restitutionem ex pacto vel conventione, etiam pro casu quo sine ulla culpa tam theologica quàm civili læsit, neque etiam ex læsione factus est locupletior: potest enim quis se obligare alteri ad præstandum casum fortuitum.

Certum est secundò, defacto contrahi etiam obligationem restituendi pro læsione sine culpa theologica, ex lege scilicet humana, saltem accedente sententiâ Iudicis, ut inferiùs tradetur. Nunc solùm investigamus radices obligationis restituendi, provenientes ex lege naturali, seclusâ omni lege positivâ, & etiam omni pacto seu conventione.

140. DICENDUM est cum S. Thoma, quem sequuntur omnes Theologi, duplicem esse hujusmodi Radicem, solerèque exprimi his verbis: Prima est *ex Re accepta*: secunda. *Ex injustitia læsione*, hoc est ex læsione Iuris alieni formaliter & theologicè injusta. Supponunt omnes, ambas esse lumine naturæ notas: utrum autem possit aliqua ratio quasi à priori reddi, postea videbimus: priùs autem sunt hæ duæ radices explicandæ.

141. Ex Re accepta præcisè tunc est obligatio restituendi, quando sine culpa theologica contra Justitiam commissâ res aliena ad me pervenit: & apud me aliquo modo exstat, & restitui sine meo damno potest. v. g. si rem furtivam bonâ fide emi, & deinde rescio esse alienam: vel si rem alienam apud testatorem depositam vel illi commodatam, ego hæres inter bona hæreditatis inveniens, bonâ fide puto pertinere ad me titulo & jure hæreditatis: vel si quid invenio, existimans ad neminem pertinere, v. g. gemmam in littore maris, ubi quis eam amiserat. In his & similibus casibus vel illa eadem numero res aliena exstat adhuc penes me, vel non exstat ampliùs, eò quòd eam absumpserim, vendiderim &c. si primum, teneor eandem rem in individuo restituere, quamprimum rescivero esse alienam, & sine incommodo possum (nisi eam præscripsissem) etiamsi ego per talem restitutionem jacturam patiar, eò quòd v. g. eam emerim, nec possim ampliùs à venditore pretium recipere. Ratio est, quia alter habet Ius in Re, ego autem nullum jus habeo: est ergo res illa terminus Iuris alieni. Quodsi superveniente hujusmodi notitiâ non restituam quando commodè possum, & dominus restitutionem urget, incipio obligari ex secunda radice, nempe injustâ læsione & detentione, quia jam incipio lædere formaliter injustè.

142. Quodsi verò rem alienam bonâ fide possessam absumpsi, tunc distinguendum est: vel enim per talem absumptionem aut alienationem factus sum locupletior, vel non: si primum, tantundem teneor restituere, quantùm sum factus locupletior: si non sum factus locupletior, ad nullam teneor restitutionem. Ratio prioris partis est. Quamdiu res tua apud me existit vel in se vel in æquivalenti, tamdiu manet tibi jus exigendi, & consequenter in me obligatio reddendi: sed quamdiu ex re tua (in casu posito) locupletior factus sum, res tua non quidem formaliter & in se, sed tamen in æquivalenti apud me existit, in quantum factus sum locupletior: ergo &c. Major est certa, quia nemo jus suum amittit, nisi vel suâ culpâ, vel consensu voluntario, vel legis dispositione, vel si casu fortuito pereat: atqui, ut suppono, nihil hujusmodi intervenit: ergo manet penes te jus. Minor est etiam evidens. Ratio posterioris partis est, quia in tali casu perinde est, ac si res tua casu fortuito periisset: ergo tuum jus extinguitur saltèm respectu mei: nam si illam rem alteri donâssem, & illa apud alium existeret, haberes jus in re & actionem Vindicationis, apud quemcunque existeret. Sed quam actionem habebis, si res non ampliùs existat in se, sed solùm in æquivalenti, quia locupletior factus sum? Non quidem Rei vindicationem, sed aliquam actionem personalem, v. g. actionem de dolo, aut in factum, de quibus alibi.

143. Ex secunda radice teneor restituere pro damno illato etiamsi nihil inde sim locupletior factus, imò etiamsi damnificatus essem. Ratio est, quia quando læditur Ius alterius, supponitur in altero Ius, nec potest per injustam læsionem jus alterius extingui: atqui in altero fuit jus ad omissionem talis actionis: quod autem factum est, infectum fieri nequit: ergo cùm alterius Ius non possit ampliùs esse fructuosum quoad omissionem injustæ læsionis jam positæ, debet læsus habere Ius ad æquivalens illi omissioni, hoc est, quantùm intererat, fuisse actionem omissam. Ergo &c. Itaque Ius quod priùs alter habebat, erat partim absolutum, partim conditionatum. Absolutum quidem, quia absolutè debebatur illi omissio læsionis, v. g. combustionis, aut conculcationis segetum: conditionatum verò, quatenus casu quo segetes essent combustæ, debeatur damni reparatio; ne illud prius jus frustretur suo effectu. Quanta autem debeat esse culpa theologica, ut quis ex hac radice tenea-

teneatur, & ad quænam damna subsecuta teneatur injustus læsor, ac cum quanto suo damno aut incomodo, ultra id quod in ipsa restitutione formaliter includitur, teneatur, infrà resolvetur.

DICO 2. Radix generalis ad utramque prædictam radicem est: Necessitas utriusque obligationis ad felicitatem humanæ societatis. Declaratur. Felicitas humanæ Societatis, vel maximè requirit concordiam: atqui concordia non posset consistere sine utraque illa obligatione: ergo utraque est necessaria ad felicitatem humanæ societatis. Minor considеranti facilè patebit. Si enim posset aliquis licitè locupletari ex bonis alterius sine ulla illius culpa, consensu, aut lege, & præcisè per errorem illius qui putaret rem esse suam, ità ut error faveret erranti, & noceret scienti, nascerentur utiq; inter homines animorum alienationes, suspiciones, discordiæ, diffidentiæ perpetuæ: multò autem magis hæc omnia nascerentur, si sine obligatione restituendi & resarciendi posset quis alteri damnum inferre voluntariè & deliberatè.

144. Non debebat autem esse obligatio restituendi, quando quis non est factus locupletior, neque alterum injustè læsit, sed per errorem invincibilem: tali enim læsione non minùs irrationabiliter aliquis movetur ad indignationem, quàm motus esset Tobias contra hirundines suo stercore oculos destruentes. Omnes itaque homines, antecedenter ad omnem casum eventualem essent in hujusmodi obligationes consensuri, imò tenerentur consentire, quia tenerentur consentire in omne illud, quod ad felicitatem humanæ societatis est necessarium: est autem ad felicitatem hanc necessarium, ut ex illa duplici radice posset unus altum sibi obligare: ergo hanc potestatem obligandi natura instituit, alioquin defecisset in necessariis.

CONTROVERSIA IV.

Vtrum ex lege humana nascatur obligatio reparandi damnum sine culpa theologica datum.

SUMMARIUM.

145. EXstant in jure Cæsareo leges diversis Juris titulis comprehensæ, quibus datur actio contra aliquos ad reparandum damnum alteri datum sine omni planè culpa Theologica, imò quandoque sine omni culpa Iuridica, quandoque tamen ex culpa Theologica præsumpta, quarum legum finis, & utilitas est, ut in Civibus summa foveatur cautela, & diligentia in præcavendis etiam casualibus damnis, quæ alteri ex re tua evenire possent: de quibus quæritur, an obligent in conscientia ante Iudicis sententiam condemnatoriam. Priùs autem leges ipsas referamus.

§. I.

De Obligationibus ex quasi delicto.

DE his extat titulus. 5. lib. 4. Instit. Complectens sequentes casus. Extat etiam *in Digest. tit. 3. lib. 9.* Casus 1. Judex per imperitiam malè judicando litem facit suam, & in tantùm con-

condemnatur, quantùm Magistratui, vel Prætori videbitur. Textus sic habet. *Si Iudex litem suam fecerit, non propriè ex maleficio obligatus videtur: sed quia nec ex maleficio, neque ex contractu obligatus est, & utique peccâsse aliquid intelligitur, licèt per imprudentiam, ideo videtur, quasi ex maleficio teneri, & quantum de ea re æquum religioni judicantis videbitur.*

146. Circa hunc casum statim nascitur dubium, quare Iudex imperitè judicans, & damnificans censeatur solùm commisisse, *quasi delictum*, econtra Medicus imperitè medicinam adhibens censeatur *delictum* simpliciter commisisse, ut infrà dicetur ad legem Aquiliam, ac proinde habeat contra se præsumptionem Iuris, & propterea graviùs puniatur, cùm tamen videatur esse par utrobique ratio. Unde Mol. d. 710. dicit, se nescire discrimen. Juristæ tamen multiplex assignare conantur. Primum assignat Joan. Harpprecht, quia Romanis Medicorum servile, & abjectum munus fuit, & medicina à liberalibus disciplinis sejuncta; testisque est Plinius Romam sine Medicis annos ampliùs sexcentos floruisse. Hæc tamen ratio mihi non satisfacit, quia non procedit de nostris temporibus, cùm tamen de Iure illud legum discrimen observandum hodiéque sit. Secundam rationem cum pluribus aliis idem reddit, quia Medicus artis suæ peritiam profitetur, eámque sæpè proclamando vendit: Judex verò non item: cùm non rarò etiam Idiotæ legúmque imperiti in Judices eligantur. Hæc tamen ratio Iudicibus parùm honorifica à Iudicibus non probabitur. Melior fortassis est Tertia ratio, quia Medicus nullo jure invitus curare cogitur, atque adeo suâ sponte curationem suscipit, & facto aliquo corporeo in corpus dat damnum. At Iudex malè judicans, neque corpore, neque in corpus damnum dat, ac sæpenumero invitus constituitur, & nolens, volens, judicare compellitur. Addi posset, sufficere, quòd Iudex malè judicando litem suam faciat, & plerúmque sine emolumento speciali judicet, unde minùs probabile est, quòd ex malitia malè judicaverit, ac proinde non debeat Iuris præsumptione de culpa Theologica gravari. Medici autem amore lucri, quod plerúmque ex singulis curationibus præstolantur, faciliùs præsumuntur (quando imperitè curâsse convincuntur) ex aliqua culpa Theologica, temeritatis nimirùm, curam suscepisse.

147. Circa hunc casum illud insuper Juristæ observant. Iudicem imperitè judicantem, tunc solùm ex hac lege, posse actione in factum conveniri, pœnâque arbitrariâ (ultra litis periculum) affici, si pars læsa vel noluit appellare, vel propter paupertatem non potuit. *L. si procuratorem. 8. §. quòd & ad actionem v. quid tamen si paupertas. ff. mandati.* ibi. *Quid tamen si paupertas eis non permisit? excusata est eorum inopia.* Qui ergo appellavit, actionem in factum ad pœnam arbitrariam non habet, expensas tamen appellationis, si in appellationis Iudicio obtineat, obtinere potest à Iudice primæ instantiæ, ut habet Schneidewein. n. 13. Ad hunc casum reducunt DD. & Jus Bavaricum P. O. lib. 1. tit. 7. art. 4. ad fin. Si Notarius imperitè conficiat instrumentum, & per hoc damnum dat, tenetur enim Notarius scire jura ad suum officium spectantia.

148. Casus 2. Cùm aliquid ex ædibus, quas inhabitamus, dejectum, vel effusum fuerit, unde transeunti nocitum est, tunc distinguendum est inter damnum datum corpori hominis liberi, & aliud quodcunque: in primo casu, si occidit, pœna quinquaginta aureorum est constituta: si non occidit, sed tamen læsit, pœna est arbitraria. Si verò aliud damnum, v. g. in veste datum est, caput familiæ cogitur solvere duplum. Sed quid si aliquid suspensum sit è fenestra, vel ità positum, ut quidem defacto nemini noceat, posset tamen nocere, si caderet, & non est ità positum, aut suspensum, ut absit periculum cadendi? Punitur appendens decem aureorum pœnâ ob hoc periculum. Quod si insuper noceat, eandem pœnam subibit, quam caput familiæ in casu effusionis. Textus. *Item is, ex cujus cœnaculo, vel proprio illius, vel conducto, vel in quo gratis habitat, dejectum effusumve aliquid est, ità ut alicui noceret: quasi ex maleficio obligatus intelligitur. Ideo autem non propriè ex maleficio obligatus intelligitur, quia plerumque ob alterius culpam tenetur, aut servi, aut liberi. Cui similis est is, qui eà parte, quà vulgò iri solet, id positum, aut suspensum habet, quod potest, si ceciderit, alicui nocere: quo casu pœna decem aureorum constituta est actio. Ob hominem verò liberum occisum quinquaginta aureorum pœna constituitur. Si verò vivat, nocitumque ei esse dicatur, quantùm ob eam rem æquum Iudici esse videtur, actio datur. Judex enim computare debet mercedes medicis præstitas, cæteraque impendia, quæ in curatione facta sunt. Præterea operas, quibus caruit, aut cariturus est ob id, quod inutilis est factus.*

Circa hunc casum quæritur. Si plures in eodem cœnaculo habitent, ex quo per effusionem, aut ejectionem nocitum est, contra quem detur actio in factum? ℞. Dari in quemlibet (nisi constet quis effuderit) & quidem in solidum, ità tamen ut unus solvens in cæteros habeat regressum. *L. & quidem 3. l. si verò. 5. §. cùm autem 4. ff. De his qui effundunt.* ibi. *Et quidem in solidum. Sed si cum uno fuerit actum, cæteri liberabuntur.*

149. Casus 3. Cùm damnum datum, aut furtum factum est in navi, caupona, stabulo; Exercitor, id est, is ad quem quotidianus quæstus pertinet, quamvis nihil deliquerit, si tamen damnum à ministris datum est, tenetur ad duplum. Textus. §. 3. *Item Exercitor navis, aut cauponæ, aut stabuli de dolo, aut furto, quod in navi, aut*

vi, aut caupona, aut stabulo factum erit, quasi ex maleficio teneri videtur, si modò illius nullum est maleficium; sed alicujus eorum, quorum operâ navem, aut cauponam, aut stabulum exercet. Cùm enim neque ex maleficio, nec ex contractu sit adversus eum constituta hic actio, & aliquatenus culpæ reus est, quòd operâ malorum hominum uteretur, ideo quasi ex maleficio teneri censetur. In his ergo omnibus casibus datur læso *actio in factum ex quasi delicto*, quæ quidem transit ad hæredes actoris, non tamen adversus hæredes Rei conventi: ut ibidem dicitur. Circa hunc ultimum casum

QUÆRITUR 1. An Rector navis teneatur etiam de furto rerum necdum receptarum in navem, sed in littore ablatarum? Distinguendum est. Vel Rector navis illas res recepit, aut non recepit. Si recepit: tenetur. *L. & ità de facto. 3. in princ. ff. nautæ. caup. stabul. recepta restituant.* Si non recepit, non tenetur. *l. debet. 7. in princ. ff. eod. Debet exercitor omnium nautarum suorum factum præstare. Sed non aliàs præstat, quàm si in ipsa nave damnum datum sit. Cæterùm si extra navim, etiam à nautis, non præstabit.*

QUÆRITUR 2. An teneantur ex incendio suorum domesticorum. Distinguendum iterum est. Aut constat de persona determinata, aut non constat. Si non constat, non tenentur. Si constat, adhuc non tenentur, nisi qui fuit causa incendii, deliquerit circa officium sibi commissum à patrefam. v. g. si stabularius famulus ignem, aut candelam in stabulo negligenter custodiat. Ità resolvit post multos alios Andreas Gail. *lib. 2. pract. Obser. 21. n. 6.* & Prosper Farinacius *p. 2. q. 10. cap. 3. n. 124. & seqq.*

150. QUÆRITUR 3. An caupo possit in duplum conveniri ob furtum factum à viatore, qui ibi divertit. ℞. Non posse conveniri actione in factum ex quasi delicto petendo duplum: posse tamen conveniri in simplum actione in factum *de recepto*. Et quia hæc actio tantùm est rei persecutoria, datur etiam adversus hæredes cauponis. Habentur hæc *L. un. §. 6. ff. Furti adversus. Caupo præstat factum eorum, qui in ea caupona ejus cauponæ exercendæ causâ ibi sunt. Item eorum, qui habitandi causâ ibi sunt. Viatorum autem factum non præstat. Namque viatorem sibi eligere caupo vel stabularius non videtur, nec repellere potest iter agentes.* De simplo autem habetur *L. 2. ff. Nautæ, Caupones.* ubi dicitur: *Sicut & caupo viatorum.*

§. II.

De obligationibus ex læsione à Servo, aut quadrupede facta.

151. DE his duo extant tituli in 4. lib. Inst. octavus, *de noxalibus actionibus*, & nonus: *Si quadrupes pauperiem fecisse dicetur.* Et in Digestis *tit. 4. l. 9.* & *tit. 1. ejusdem libri.* & in Cod. *tit. 41. lib. 3.* Sit ergo

Casus 1. Mancipium alicujus alteri culpabiliter damnum intulit, unde civiliter ad pœnam pecuniariam agi possit, datur læso *actio noxalis* adversus Dominum mancipii, quâ petitur, ut vel solvat litis æstimationem, vel servum noxæ dedat, hoc est, illius dominium transferat in læsum. Textus. *Ex maleficiis servorum veluti si furtum fecerint, aut bona rapuerint, aut damnum dederint, noxales actiones proditæ sunt, quibus Domino damnato permittitur, aut litis æstimationem sufferre, aut ipsum hominem noxæ dedere.* pr. Inst. de nox. act. Noxa propriè pœna est, quæ pro damnificatione infligitur, unde *noxæ dedere*, idem est ac pœnæ dedere: nec obstat, quòd in textu §. 1. dicitur: *Noxam* esse corpus, quod deliquit, & quod pœnæ tradendum est, hoc in eo sensu verum est, quo in sacris litteris reus maledictioni obnoxius vocatur *maledictum*. De hoc casu, quia parùm habet utilitatis in locis, ubi mancipia esse desierunt, plura non occurrunt dicenda. Solùm declaratione opus habet §. 2. *de nox. act.* ex quo §. inferunt Interpretes, actiones noxales non esse directas, sed obliquas, seu directarum adjectitias, seu accessorias, quod sic intelligendum est. Actio furti directa (de qua suo loco) datur adversus eum, qui furtum commisit, in duplum, si furtum sit non manifestum. Jam verò cùm servus non possit in Indicio conveniri, non potest contra eum, hæc actio directa locum habere: quare substituenda illi erat actio obliqua, noxalis, quâ conveniretur Dominus servi, ut vel pro furto servi satisfaciat, prout ipse servus satisfacere juberetur, si persona libera esset, vel, si mavult, Dominium servi in actorem transferat. Pari modo, si servus damnum fecit, propter quod conveniendus esset (si liber esset) ex lege Aquilia, vel si injuriam fecit, ob quam conveniendus esset actione injuriarum, aut vi bonorum raptorum, his actionibus directis substituuntur actiones noxales *damni injuriæ ex L. Aquilia, &c.* Hinc rectè infertur §. 3. Quòd si servus manumissus esset, cessaret noxæ deditio, & noxalis actio, & esset locus actioni directæ contra manumissum. Et econtra, si quis adhuc liber damnum fecisset, & fieret servus, actio directa inciperet esse noxalis. Quòd si servus Dominum mutaret, contra alterum Dominum daretur actio noxalis, cujuscunque servus esset.

152. Casus 2. Animal, naturâ suâ mansuetum, suâ sponte, contra naturalem consuetudinem, v. g. ex lascivia, aut feritate, aut pavore damnum intulit, tunc, qui passus est damnum, agit contra Dominum animalis, ut vel damnum reparet, vel animal noxæ dedat, vocatúrque *actio de pauperie.* Quòd si tuum animal aliud animal concitavit, unde hoc postea damnum intulit, v. g. tuus canis meum equum lattrando, & mor-

mordendo concitavit, ut calcitrando damnum faceret, contra te solùm datur hæc actio. Ità ferè habet textus *pr. J. Si quadrupes.* ubi dicitur. *Cæterùm si genitalis sit feritas, cessat actio.*

Sed quid si tuus ursus, aper, cervus, verres, &c. damnum fecerit? Duplici actioni locus esse potest, quarum una alteram non consumit. Nam imprimis dabitur actio prætoria, seu honoraria ex Ædilium edicto, quo prohibetur, ne quis canem, verrem, ursum, leonem, vel aliud, quod nocere posset (spectatâ ejus naturali indole) eo loco haberet, quo vulgò iter consuetum est. Quod si contrà fiat, & homini libero damnum inferatur, hâc ædilitiâ actione Dominus animalis *in factum* conventus condemnabitur, quanti bonum & æquum Iudici visum fuerit: cæterarum verò rerum, quanti damnum datum fuerit, dupli: si homo liber interemptus fuerit, in ducentos solidos condemnabitur. Ex Carolina criminali Constit. Iudicis arbitrio pœna relinquitur. Ultrà hanc actionem prætoriam etiam actio de pauperie (ut habetur §. 1. *J. Si quadrup.*) locum habet: unde læsus consequi potest etiam id, quod plus est in una, quàm in altera. Textus. *Cæterùm sciendum est, ædilitio edicto, prohiberi nos canem, verrem, aprum, ursum, leonem ibi habere, quà vulgò iter fit. Et si adversus ea factum erit, & nocitum libero homini dicatur, quod bonum, & æquum Iudici videtur, tanti Dominus condemnetur. Cæterarum verò rerum, quanti damnum datum sit, dupli. Præter eas autem actiones ædilitias & de pauperie locum habebit. Nunquam enim actiones præsertim pœnales de eadem re concurrentes alia aliam consumit.* Jure Bavarico tit. 37. à. 4. Licet habere ursos & similia animalia: si tamen damnum dederint, amovenda sunt. Si non amota, iterum damnum dederint, Dominus præter mulctam Iudici solvendam etiam damnum resarcire tenetur.

153. Actiones hæ non solùm dantur illi, cui quadrupes immediatè damnum fecit, sed etiam cuivis cui damnum fecit per consequentiam, hoc est, cuius interest, damnum datum non fuisse, ut Commodatario, cui res commodata erat: cùm enim Commodatarius sit Domino rei commodatæ obligatus, censetur & ipse damnum pati. *lege 2. ff. Si quadrupes.*

§. III.

De obligationibus ex lege Aquilia provenientibus.

154. DE his exstat titulus 3. lib. 4. Inst. & in Digestis tit. 2. lib. 9. & in Codice titulus 35. lib. 3.

Lex Aquilia, una ex celeberrimis Juris Cæsarei, ab auctore suo Aquilio Tribuno plebis nomen accepit, lata ab eodem, plebe jubente & approbante, vel meliùs, quam eo rogante plebs approbavit. Unde originaliter est Plebiscitum. *l. 1. ff. eodem. Quæ lex Aquilia plebiscitum est, cùm eâ Aquilius tribunus plebis à plebe rogaverit.*

155. Lex Aquilia, cùm primùm lata esset, tria capita pro diversis damnificationibus constituta continebat, quorum primum & tertium hodiéque viget, secundum verò penitus in desuetudinem, ipso Iustiniano teste, abiit, ità ut nesciatur, quid continuerit. In primo igitur capite sequentibus casibus succurritur.

156. Casus 1. Si quis servum alienum, vel quadrupedem, quæ sit ex numero pecudum, ut sunt equi, oves, capræ, sues &c. (hoc est, quæ gregatim pascuntur) occiderit, datur adversus illum ex L. Aquilia actio Civilis, ut condemnetur domino in tantùm, quanti plurimi illa res eo anno retrorsum inspecto fuerit pr. Inst. h. t. ibi. *ut si quis alienum hominem, alienámve quadrupedem quæ pecudum numero sit, injuriâ occiderit, quanti ea res in eo anno plurimi fuerit, tantum domino dare damnetur.* v. g. si equum mihi occidisti, qui tempore occisionis claudus & cæcus quidem fuit, sed intra annum proximè elapsum integer erat, & valuisset tunc 100. condemnaberis ad solvendum centum, si quidem damnum à te datum fassus fueris, si autem neges, & convincaris fecisse, in duplum condemnaberis. *l. 2. §. 1. ff. h. t. Et infrà deinde cavetur, ut adversus inficiantem in duplum actio esset.* Idem dicendum, si quis jaculis læsit, aut bombardam explodens servum aut quadrupedem trajecit, quando tali personæ in tali loco & tempore non licebat jaculari. §. 4. ibi. *Nam si à milite in eo campo, ubi solitum est exercitari, admissum est, nulla culpa ejus intelligitur, si alius tale quid admiserit, culpæ reus est.* Annus hic non intelligitur utilis, sed continuus. arg. *l. 51. §. 2. ff. h. t.* ibi *repetitis ex die vulneris trecentis sexaginta quinque diebus.*

157. Casus 2. Si quis putando arborem prætereuntem servum occiderit ramo cadente prope viam publicam aut vicinalem, nec satis maturè proclamaverit, quod etiam de refectoribus tectorum dicendum, si signum consuetum non posuerint, eâdem actione, ac pœnâ tenebuntur. §. 5. *Item si putator ex arbore dejecto ramo servum tuum transeuntem occiderit, si prope viam publicam, aut vicinalem id factum est, neque proclamavit, ut casus evitari posset, culpæ reus est.*

158. Casus 3. Si Medicus curam servi suscipiens dereliquerit curationem, & servus ideo mortuus fuerit, vel si imperitè secuerit, aut medicamentum dederit: eadem illius ratio erit, quæ priorum. §. 6. *Præterea si medicus qui servum tuum secuit, dereliquerit curationem ejus, & ob id mortuus fuerit servus, culpæ reus erit.* & §. 7. *Imperitia quoque culpæ adnumeratur &c.*

159. Casus 4. Idem dicendum de Mulione, qui propter suam imperitiam aut infirmitatem mulas tenere non potuit, cùm alius firmior tenere potuisset, & mulæ servum suo impetu

petu oppresserint. §. 8. ubi additur. *Eadem placuerunt de eo quoque, qui cùm equo veheretur, impetum ejus aut propter infirmitatem, aut propter imperitiam suam retinere non potuerit.*

In tertio capite hujus legis datur actio pro aliis quibuscunque damnis in re corporali factis per destructionem aut deteriorationem, ut si quid ruptum, ustum, fractum fuerit, qui petitur, ut reus damnetur, quanti in diebus triginta proximis res damnificata plurimi valuerit. §. 13. & 14. ibi. *in cæteris quoque omnibus animalibus, item in omnibus rebus quæ animâ carent, damnum per injuriam datum hac parte vindicatur. quanti in 30. dieb. fuerit.*

160. Ex eadem lege ultra dictam pœnam condemnatur reus in omnia damna inde secura: v. g. si ex quadrigis equorum similium unus occisus est, qui propter similitudinem pretio majori æstimatur. §. 10. ubi ponuntur exempla. *veluti si servum tuum heredem ab aliquo institutum antè quis occiderit, quàm is jussu tuo hæreditatem adjerit. nam hæreditatis quoque amissæ rationem esse habendam constat. Item si ex pari mularum unam, vel ex quadrigis equorum unum occiderit, &c. non solùm occisi fit æstimatio, sed eò amplius id quoque computatur, quanti depretiati sunt, qui supersunt.* Contra hoc

161. Dices. In æstimatione & taxatione pretii non est attendenda affectio damnificati, ut pluribus juribus cautum est, ut *l.* 33. *ff. h.* t. *Si*, inquit Paulus J. Consultus *servum meum occidisti, non affectiones æstimandas esse puto (veluti si filium naturalem tuum quis occideret, quem tu magno emptum velles) sed quanti omnibus valeret.* atqui similitudo equorum non ex alio capite auget æstimationem, quàm ex affectione communi: ergo exemplum non subsistit. ℞. Distinguendo majorem: æstimatio non est facienda ex affectione particulari hujus damnificati, concedo, ex affectione communi plurium, quibus pluris posset res vendi, nego. sic autem se res habet in exemplo allato, ut consideranti liquet. Circa ipsam Legem

162. DUBITATUR 1. Utrum hæc actio competat etiam hæredibus damnificati, si hic moriatur antequam litem contestatus est, aut paravit actionem. Respondet P. Molina. n. 33. prope finem, non competere quoad excessum ultra æstimationem rei. Sed omnino respondendum cum Iuristarum communissima sententia, eam actionem ad hæredes transire quoad totum quod petitur. Et sanè lex *Inde Neratius* 23. §. *hanc actionem ff. h. t.* clarissima est. *Hanc actionem hæredi, cæterisque successoribus dari constat sed in hæredem vel cæteros (successores damnificantis) hæc actio non dabitur, cùm sit pœnalis: nisi fortè ex damno locupletior hæres sit factus.* Quòd autem Molina velit legem intelligendam de adæquatione damni sola, & sine jure dicitur (ubi autem Ius non distinguit nec nos distinguere debemus) & præcluditur illis verbis secundi membri: *cùm sit pœnalis.* ecce! eâ ratione quâ non datur adversus hæredes, vult dari hæredibus, nempe etiam quà pœnalis est. Et sanè ipse Molina n. 34. fatetur, legem hanc esse pœnalem etiam quoad damni æstimationem: ergo non est ratio dicendi, quòd non transeat quà pœnalis est, si aliquo modo transit.

163. DUBITATUR. 2. An hæc actio competat damnificato adversus hæredes damnificantis. & quidem lite contestatâ cum ipso damnificante competere adversus hæredes indubitatum est, hic enim est effectus contestationis litis generalis, ut alibi dicetur. Non dari adversus hæredes ante litem contestatam, tradunt communiter omnes Interpretes, ob legem allegatam, quibus consentit Molina. Joannes Conradus Ostermarius in sua utilissima Synopsi Institutionum Manzianarum vult, id quidem verum esse de Jure Cæsareo, sed non de Jure Canonico, ad quod probandum affert duo capitula, cap. 5. de Raptoribus, & cap. fin. de sepulturis. Verùm hæc capitula procul absunt ab intentione hujus auctoris. Jubet in illis Pontifex Episcopo, ut illis qui incendiis, aliisque gravissimis modis alios læserunt, sed ante mortem pœnitentiam egerunt, & fuerunt absoluti à Censuris, sepultura quidem non denegetur, sed tamen hæredes compellantur ad resarcienda damna illata, ut sic à peccatis liberentur. Quid hoc quæso ad actionem ex Lege Aquilia? quasi verò ad hoc non teneantur hæredes, etiamsi nulla lex Aquilia exstaret! est hæc obligatio Juris naturalis, quia illa obligatio numeratur inter debita defuncti, quæ hæredibus in conscientia solvenda sunt, nullo ullam actionem intentante, sicut in relatis capitulis nullius actionis ratio habita est à Pontifice, ut hæredes ad satisfactionem condemnaret. De Jure tamen Bavarico p. 4. *Der erklerten Landsfreyheit.* a. 13. datur adversus hæredes.

164. DUBITATUR 3. An lex Aquilia adhuc vigeat & observetur in Iudiciis quoad omnia. Ad hoc respondent Mornacius, Rebuffus, Schneidewein, Zypæus, aliique, quos refert & sequitur Corvinus in dictam legem Codicis, moribus hodiernis ab æstimatione rei secundùm meliorem statum in tempore præcedente, quæ fit à L. Aquilia, recessum esse, & solùm tanti æstimari rem, quanti eo die fuit, quo damnum datum est. Et si ob vulnera, aut membri mutilationem agatur, præter mercedes Medicis præstitas, & operas quibus caret aut cariturus est, & dolor & cicatrices, & deformitas æstimantur.

165. DUBITATUR 4. Quotupliciter ex hac lege agi possit. ℞. Triplici actione. Directâ & Utili, utrâque civili, insuper & Prætoriâ: (quæ in eo maximè differunt, quòd Civilis sit perpetua, Prætoria non item, sed annua, de quo alibi) Directa dicitur talis, quia

 verbis

verbis legis exprimitur. Dicitur imprimis directa respectu lædentis, qui corpore suo in corpus damnum dedit, occidendo servum, frangendo aliam rem, &c. §. *fin. Inst. h. t.* *Cæterùm placuit, ità demum directam ex hac lege actionem esse, si quis præcipuè corpore suo damnum dederit. Ideoque in eum qui alio modo damnum dederit, utiles actiones dari solent: veluti si quis hominem alienum, aut pecus ita incluserit, ut fame necaretur: aut jumentum ità vehementer egerit, ut rumperetur, aut pecus in tantùm exagitaverit, ut præcipitaretur: aut si quis alieno servo persuaserit, ut in arborem ascenderet, vel in puteum descenderet, & is ascendendo vel descendendo aut mortuus, aut aliquâ parte corporis læsus fuerit, utilis actio in eum datur.* deinde dicitur directa respectu læsi, nempe quia soli domino corporis deteriorati datur. *l. item Mela.* 11 §. *legis autem Aquiliæ.* 6. *Legis autem Aquiliæ actio hero competit.* & hæredibus *l. Liber homo.* 13. §. *si servus. l. ob id* 43. *ff. eod. Ob id quòd antequam hæreditatem adires, damnum admissum in res hæreditarias est, legis Aquiliæ actionem habes, quòd post mortem ejus cui hæres sis, acciderit.* Utilis actio Civilis imprimis dicitur respectu illius; qui non corpore suo in corpus damnum dedit, sed alio modo, v. g. includendo pecudem, ut fame periret, cogendo in locum angustum, unde factum ut se præcipitarent pecudes. constat ex §. fin. J. h. t. jam relato. deinde dicitur Utilis respectu illius, qui non quidem est dominus corporis damno affecti, sed aliud jus aut interesse in corpore læso habens actionem intentat, cujusmodi est Usufructuarius, Usuarius, Commodatarius. *d. l. item Mela.* adeo ut etiam isti adversus ipsum corporis dominum agere possint, si is damnum dedit. *l.* 12. *ff. eod. Sed etsi proprietatis dominus vulneraverit servum, vel occiderit, in quo usus fructus meus est, danda est mihi ad exemplum legis Aquiliæ actio in eum pro portione ususfructûs, ut etiam ea pars anni in æstimationem veniat, quâ nondum ususfructus meus fuit.* Prætoria denique utilis actio in factum datur, quando neutro modo ex prædictis damnum datum est, sed alio modo, ut si servum compeditum solveres, ut fugeret. *l.* 33. §. *fin. ff. eod.* §. *fin. I. eod.* ibi. *Sed si non corpore damnum fuit datũ, neq; corpus læsum fuerit, sed alio modo alicui damnum contigerit: cùm non sufficiat, neque directa neque utilis L. Aq. actio placuit eum qui obnoxius fuerit, in factum actione teneri: velut si quis misericordiâ ductus alienum servum compeditum solverit, ut fugeret.*

166. DUBITATUR 5. Utrum ex lege Aquilia agere possit homo liber, si in suis membris deterioratus est. ℞. Posse agere ad æstimationem operarum amissarum & amittendarum. *l.* 7. §. *si quis in colluct: ff. h. t.* ibi. *Planè si cedentem vulneraverit, erit Aquiliæ locus.* Potest etiam agere actione in factum ex quasi delicto, ut suprà dictum est in 2. casu quasi delicti.

167. DUBITATUR 6. An ex hac lege conveniri possit, qui, orto incendio, ædes suri vicini demolitus est, ne ad suas incendium perveniret. ℞. Negativè, *l.* 49. *ff.* §. 1. *h. t.* ibi. *nisi magnâ vi cogente fuerit factum, ut Celsus scribit circa eum, qui incendii arcendi gratiâ vicinas ædes intercidit. Nam hic scribit cessare legis Aq. actionem, justo enim metu ductus, ne ad se ignis perveniret, vicinas ædes intercidit. & sive pervenit ignis, sive antè extinctus est, existimat legis Aq. actionem cessare.* quod tamen ità intelligendum est, si ignis jam ità imminebat ædibus vicini, ut certò censerentur perituræ incendio, ut benè notavit Bartolus *in l.* 7. §. 4. *ff. quod vi aut clàm.* An autem illæ destructæ ædes impensis viciniæ sint reparandæ, ut putat Gail *lib.* 2. *Obs.* 22. *n.* 5. consuetudo attendenda est.

168. DUBITATUR 7. Et difficiliùs de eo in cujus ædibus incendium ortum est, unde vicino damnum datum est, an possit ex L. Aquilia teneri, si non constet, an aut cujus culpâ incendium ortum est. ℞. Non teneri. Ratio est; nam licèt soleat præsumi, alicujus inhabitantium culpâ fuisse exortum, eò quòd incendia plerumque sine culpa saltèm levissima non oriantur, ut habetur *l.* 3. §. 1. *ff. de off. præf. vigil.* nihilominus Paterfamilias semper præsumitur debitam vigilantiam adhibuisse, quamdiu contrarium non probatur, ut notat glossa *in l. quoties.* §. *qui dolo: de probat. & l.* 11. *de periculo & commodo rei Vend.* expressè dicitur: *quia sine patrisfam. culpa fieri potest* (incendium) *neque si servorum negligentiâ factum esset, continuò dominus in culpa erit.* nempe quia ut suprà diximus, ut dominus conveniri possit ex culpa servorum actione *ex quasi delicto*, necesse est constare, quòd servi circa officium suum fuerint causa incendii. Confirmatur à simili. Nam Commodatarius etiam de culpa levissima tenetur, sicut damnificator, & tamen de incendio non tenetur, ut habetur *l.* 5. §. 4. *ff. commodati: Quod verò senectute contigit, vel morbo, vel vi latronum ereptum est, aut quid simile accidit, dicendum est, nihil eorum esse imputandum ei qui commodatum accepit, nisi aliqua culpa interveniat: proinde NB. Etsi incendio, vel ruinâ aliquid contigit, vel aliquod damnum fatale, non tenebitur.* idem habetur *l.* 18. *ff. eod. &* §. 2. *Inst. quibus modis re:* & pluribus de hoc redibit sermo in Contractu Locationis.

169. DUBITATUR 8. An ebrius in ebrietate damnificans hac lege teneatur. Ratio dubitandi est, quia hæc actio non habet locum, nisi possit culpa Theologica præsumi, unde infantes, amentes, dormientes, furiosi non tenentur hâc lege ex certa Interpretum sententia: atqui & ebrius ratione destitutus est, ut peccare non possit. Sed hoc non obstante rectè respondet Henricus Zoesius Comment. in Digest. damnum ab ebriis datum à Iudicii consistentia metiendum esse, cùm usu compertum sit plures, qui videntur ebrii, Iudicio non privari, adeo, ut etiam legi Corneliæ de Sicariis obnoxii esse possint:

fint: & obnoxius erit, quisquis præsciens se madidum vino ad damna infligenda pronum, nihilominus sibi indulget. Unde Carolus V. sanxit, in delictis non excusare ebrietatem: & simile statutum exstat in statutis Academ. Ingolst.

170. DUBITATUR 9. Si plures simul damnum intulerunt, v.g. pecudem occiderunt, vel bibendo tabaccum incendium excitârunt, contra quem instituenda sit actio. Ad hoc jam in simili superiùs responsum est, posse agi contra omnes & singulos. *l. 11. §. 2. ff. h. t.* ibi *Quod si non apparet, omnes quasi occiderint teneri Julianus ait, & si cum uno agatur, cæteri non liberantur, nam ex l. Aq. quod alius præstitit, alium non relevat, cùm sit pœna. §. sed si plures, & l. ità vulneratus §. 1. ff. hoc tit. Idque est consequens auctoritati veterum, qui, cùm à pluribus idem servus ità vulneratus esset, ut non appareret, cujus ictu periisset, omnes lege Aquiliâ teneri judicârunt.*

171. DUBITATUR 10. Utrum cædens alienam sylvam, actione L. Aquil. teneatur. Affirmat simpliciter lex. 1. C. h. t. *Damnum per injuriam datum immisso in sylvam igne, vel excisâ eâ, si probare potes, actione legis Aquiliæ utere.* Sed Sichardus rectè limitat, & distinguit. Si sylva immatura sit, & non cædua, & ligna immatura sint cæsa, est affirmandum, si verò matura & cædua, negandum. Tenebitur tamen tunc cædens aliis actionibus, v.g. actione furti, si ligna subduxit. Jure Bavarico L. R. tit. 23. a. 3. qui in aliena sylva vel nemore ligna cædit, & subducit, præter mulctam Iudici solvendam in duplum tenetur.

§. IV.

An ex Legibus hactenus allatis nascatur obligatio in conscientia.

PRiùs dicendum est de Legibus primo, & secundo. §. relatis, deinde specialiter de lege Aquilia.

172. DICO 1. Qui, vel ex quasi delicto, vel noxali actione tenetur, non obligatur in conscientia ante Iudicis sententiam, ad præstandum id, quod leges illæ statuunt. Ità communis Theologorum, sed non omnes eodem modo probant Conclusionem. P. Molina, quem sequitur Layman & Lugo, probant hoc modo. Si obligatio hæc esset in conscientia ante sententiam Iudicis, transiret ad hæredes ipsius obligati, quod tamen ipsæ leges cavent. Hæc tamen probatio non est efficax. Aliud est, quòd leges negent actionem ex illis legibus adversus hæredes, & aliud, quòd obligatio conscientiæ non transeat ad hæredes: potest enim transire hæc obligatio, & tamen actio negari: leges autem solùm negant actionem: ergo ex hoc non potest inferri, non dari obligationem in conscientia: neque hoc est quidem insolitum. Nam ut præclarè advertit Dn. Collega Arnoldus Rath *th. 39. in L. Aquil.* Plures sunt actiones, quæ adversus hæredes non dantur, & tamen fundantur in obligatione ex conscientia: sic nec actio doli, nec actio, quod metûs causâ, nec denique actio rerum amotarum, dantur adversus hæredes delinquentis, nisi ex defunctorum delictis locupletati fuerint, & tamen omnes fatentur, ante omnem sententiam Iudicis in conscientia obligari ad reparandum damnum, qui alteri, vel per dolosam deceptionem, vel per metum, vel conjunx conjugi per injustam rei conjugalis amotionem intulit.

Communis aliorum probatio est, quòd hæ leges sint pœnales, adeoque, ut sic non obligent in conscientia ante Iudicis sententiam. De hoc argumento ex professo egi in tr. de Legibus, quæ hîc non sunt repetenda. Addunt huic probationi Card. de Lugo, & Esparza, has leges in hoc rigore non esse receptas. Hoc omnino verum est, sed conclusio probanda est independenter à non acceptatione & acceptatione.

173. Probatur igitur conclusio ex fine earundem legum, ad quem obtinendum non erat necessarium obligare in conscientia, sed sufficiebat, posse in Iudicio conveniri, & Iudicem debere juxta leges condemnare, factâque condemnatione induci obligationem in conscientia.

174. Finis igitur illarum legum alius non erat, quàm stimulare cives ad majorem providentiam, & cautelam fortuitarum damnificationum. Quod autem sufficerit, obligari primùm post sententiam Iudicis, probatur: nam certum est, quòd periculum subeundi judicii sit magnus stimulus diligentiæ: addere autem huic stimulo majorem stimulum, provenientem ex obligatione conscientiæ ante sententiam nullo modo expediens erat: tum quia hujusmodi obligationes non sunt inducendæ, nisi exigente necessitate: atqui cùm conderentur illæ leges, nondum constare poterat de hac necessitate, sed priùs experientia capienda fuisset, an sufficienter cautum esset priore remedio.

Deinde obligatio hæc in conscientia plus incommodi afferret, quàm commodi: à paucis enim observaretur: valde enim innaturale est, & violentum, ut quis in propria causa sibi severus Iudex sit, & seipsum condemnet ad reparandum damnum, quod sine ulla culpa Theologica commissum est. Hinc ergo fieret, ut peccata & perplexitates multiplicarentur. Cùm ergo Legislator debuerit in stimulanda civium vigilantia certum modum tenere (alioquin posset in centuplum condemnare, quod per se absurdum est) & nullâ efficaci ratione possit ostendi, necessariam fuisse obligationem in conscientia, hoc ipso rectè negatur subesse.

175. Quæri tamen hîc posset ulteriùs, an saltèm ex naturali æquitate, & lege teneatur aliquis

quis ad aliqualem compensationem damni, sine ulla sua culpa Theologica illati à rebus, vel personis ad se pertinentibus. Affirmat Vasquez, & ejus individuus discipulus Turrianus.

176. DICENDUM tamen est, nullam hujusmodi obligationem ex Iustitia existere. Probatur 1. à posteriori. Nulla obligatio naturalis datur aut prudenter asseritur dari, quæ à tam paucis dari existimatur, ut simpliciter dici possit à toto genere ignorari & non agnosci: sed talis esset hæc obligatio naturalis: ergo non est asserenda. Major constat ex alibi dictis. nam lex Naturalis debet à natura inseri nobis, & per se loquendo esse nota independenter à scholasticis subtilitatibus: ad quid enim natura introduceret obligationem, quæ ob invincibilem ignorantiam fere omnium esset otiosa, & sine culpa negligeretur? Minor autem est æquè manifesta. Nam independenter à scholasticis argumentis, quibus pauci doctores inducti sunt ad hujusmodi obligationem asserendam, nemo etiam conscientiosissimus scrupulo vel suspicione minimâ pulsatur, an solvere debeat alteri damnum quod à fele meâ passus est, aut à tegula cadente de tecto meo.

177. Fundamentum adversariorum referam verbis formalibus Vasquezii, unde patebit vera esse, quibus ego probavi conclusionem. Sic ergo habet. *Opusc. de Restit. c. 2. §. 2. dub. 1. n. 4. & 5.* [Ratio est quare jure naturali ad id teneamur: nam postquam introducta est possessio, & rerum divisio per appropriationem, non est sublatum jus naturale, quod habet unusquisque ad recuperandum damnum, quod passus est ab aliquo sive bruto, sive servo, sive libero. Unde si passus est damnum ab animali, ipsum animal illi manet obnoxium secundùm valorem sui, ut inde damnum, quod ab eo passus fuit, reparet: & quia brutum non habet aliunde, quàm ex seipso, ipsùm manet obnoxium restitutioni. & similiter in servo, ipse secundùm suam personam manet obnoxius restitutioni, quia persona non libera æstimatur pretio, quo reparari potest damnum illatum: sequitur ergo, quòd dominus tenetur ad restitutionem non ratione sui, nec ratione culpæ, sed quia naturâ suâ animal aut servus suus non est capax obligationis; & sicut, quidquid affert utilitatis, est domini, ità & damni unde obligatio illa ad restituendum damnum, cujus non est capax servus, aut animal, est ipsiusmet domini.] Hæc Vasquez. Ad quod brevissimè & expeditè respondetur, negando suppositum, nempe quòd unquàm extiterit jus naturale reparandi damnum sine ulla culpa theologica datum, & sic ruit totus discursus superædificatus propositioni quæ supponitur & non probatur, cùm ab omnibus negetur. Hactenus de damnis sine culpa theologica datis: nunc de datis ex culpa theologica præsumpta, de quibus Lex Aquilia loquitur, videndum.

178. DICO itaque 2. Si nulla culpa theologica intervenit, tunc ex probabili Recentiorum sententia non solùm non tenetur lædens ante sententiam Judicis ad quidquam, verum etiam, si per sententiam, ejusque executionem adigatur ad solutionem, potest deinde uti jure occultæ compensationis. Ita post alios Rebellus *lib. 2. q. 10. s. 4. Concl. 3.* Probatur Conclusio. Lex Aquilia fundatur in præsumptione culpæ commissæ: sed leges pœnales, quæ fundantur in præsumptione falsa, nec ante nec post sententiam judicis obligant in conscientia: ergo si damnificans certus est, se nullam culpam theologicam commisisse, non obligabitur. Minorem nunc suppono, & probabitur inferiùs: ratio breviter est, quia præsumptio falsa cedit veritati, & si Judici constaret de Veritate, v. g. si præsumptio probatione contrariâ eliderentur (nam præsumptio Iuris admittit probationem in contrarium, si non sit Iuris & de Iure) non deberet condemnare: ergo condemnatio solùm habet locum in foro externo, seu, in foro fori, non in foro poli seu interno.

179. Major probatur ex ipsis legibus, in quibus semper hoc damnum spectans ad legem Aquiliam, vocatur *Damnum injuriâ datum*; quòd autem per *injuriam* culpa theologica intelligatur, satis clarè colligitur ex §. 3. I. ubi culpa opponitur casui fortuito, quando autem omnis culpa theologica abest, quod fit est casus fortuitus. Verba sunt illius §. *ac ne is quidem hac lege tenetur, qui casu occidit, si modo culpa illius nulla inveniatur.* Unde inferunt Iuris Interpretes, quòd qui sunt doli incapaces, non possint hac lege conveniri: quid autem facit ad rem capacitas doli, si dolus seu culpa non debet intervenisse? item inferunt, eum qui necessitate compulsus damnum infert, v. g. in casu incendii (de quo suprà) non teneri hac actione: quia culpâ caret: ergo à primo ad ultimum nemo tenetur hac lege, nisi de quo culpa cum veritate præsumitur. Dixi. *ex probabili sent.* non enim nego oppositam esse communiorem, quòd teneatur post sententiam, etiàmsi nulla theologica culpa intervenerit gravis, modò culpa Iuridica levis aut levissima intervenerit. Et ità sentit reipsâ Molina *d. 698. n. 5.* circa medium. ubi benè monet, esse attendendum, quousque lex Aquilia sit in praxi recepta. Sequitur Dicastillo *tr. 2. d. 3. à n. 59.*

180. DICO 4. Quando culpa theologica intervenit, tenetur damnificans ad compensationem æqualem damni dati ante omnem Iudicis sententiam, adeo ut hæc obligatio etiam transeat ad hæredes. Probatur ex superiùs dictis. Talis obligatio adesset, etiamsi nulla lex Aquilia exstaret, nascitur enim Iure Naturæ ex secunda radice, nempe *Injustæ læsionis.* Quare talis obligatio est pars debitorum, quæ omnia transeunt ad hæredes.

181. DICO

181. DICO 5. Excessus pœnalis ad quem fit condemnatio, non debetur, nisi post sententiam Iudicis, nec transit ad hæredes hæc obligatio, nisi lis fuerit cum ipso damnificante contestata. Probata est Conclusio in superioribus.

Contra secundam conclusionem objicit quidam Recentior capitulum 9. seu ult. de injuriis & damno dato, ubi Gregorius IX. alicui pœnitenti quærenti, an teneretur resarcire damnum, quod ignorans dedit, respondet (inquit) Pontifex, teneri quidem, si quâcunque culpâ Iuridicâ illud dedit: certum autem est, Pontifici non esse sermonem de foro externo, non enim respondebat Iudici, sed pœnitenti, qui non interrogabat de foro externo, sed de interno: ergo eandem obligationem resarciendi damnum culpâ Iuridicâ datum, quam imposuisset Iudex externi fori, declaravit Pontifex esse lege impositam pro foro interno.

182. Nescio, in quo codice legerit iste Recentior, illud vocabulum. *Iuridica*. Meus textus sic habet. *Si culpâ tuâ datum est damnum, vel injuria irrogata, &c. Satisfacere te oportet: nec ignorantia te excusat, si scire debuisti, ex facto tuo injuriam verisimiliter posse contingere, vel jacturam.* Unde Joannes Bapt. Vivianus capitulum hoc interpretatur de Iure naturali, his verbis: *Quia Jus naturale dictat, quòd pœna sit pro culpa infligenda, &c. & quoniam ea, quæ sunt de Iure naturali, semper firma, & immutabilia permanent, &c.* Pontifex ergo conditionatè respondendo remisit pœnitentem ad suam propriam conscientiam, utrum ignorantia, quam prætendebat, fuisset culpabilis & vincibilis, nec ne.

CONTROVERSIA V.

Qualis culpa requiratur & sufficiat ad obligationem Restitutionis ex secunda Radice, hoc est, injusta læsione.

SVMMARIVM.

§. I.

Certiora præmittuntur.

183. NOtandum 1. Culpa obligans ad restitutionem, quandoque provenit ex negligenti administratione officii sibi commissi, v.g. si Confessarius non monet id, quod monendum esset, unde tertius damnum patitur: quandoque ex violatione obligationis initæ per contractum ad certum genus, seu gradum diligentiæ præstandum: quandoque, & quidem frequentiùs ex neutro horum provenit, sed præcisè ex alia injusta læsione, ut ex furto, combustione, vulneratione, detractione, &c. De ultimo capite nunc agemus, in seqq. de prioribus.

184. Notandum 2. Culpa duplex est, Theologica, & Juridica. Theologica, ut hîc accipitur, est omne peccatum contra Iustitiam commissum, seu veniale, seu mortale: Iuridica est omissio alicujus diligentiæ, quam vel ex lege, vel ex conventione tenebatur quis adhibere, sive deinde concurrat etiam Theologica culpa sive non.

185. Notandum 3. Culpa Iuridica est quintuplex: Latissima, Latior, Lata, Levis, Levissima. Latissima culpa est dolus apertus. Latior est dolus præsumptus, ut si non cures rem alienam eâ diligentiâ, quâ tuam, cui adnumeratur Ignorantia Iuris communis. Lata est intermissio diligentiæ communis, hoc est, quæ in tali negotio communiter adhiberi solet: ut si librum tibi commodatum extra cubiculum relinquas. Culpa levis est omissio diligentiæ, quam homines providentiores solent adhibere, ut, si librum quidem relinquas intra cubiculum, sed cubiculum non claudas. Levissima est omissio diligentiæ exactissimæ, ut si claudas quidem cubiculum, sed non tentes, an sit obducta sera. Hæc membra sive species culparum subtiliter quidem ab invicem distinguuntur. Credo tamen raro contingere, ut in judiciis fiat discrimen inter culpam Latiorem, & Latam.

186. Notandum 4. Certum est, culpam mortalem sufficere ad obligationem istam restituendi ex secunda radice: sed Controversia est, an culpa venialis sufficiat. Potest autem esse culpa venialis ex triplici capite: primò ex defectu plenæ advertentiæ, sive materia sit gravis, sive levis. Secundò ex parvitate materiæ, & de hoc casu non est difficultas, nam per se loquendo non nascitur, nisi levis obligatio, hoc est, obligatio sub veniali. Nam sicut ablatio non est nisi venialis ob parvitatem materiæ, ità non restitutio solùm erit venialis, quamdiu materia est parva. Tertiò provenire potest ex errore, eò quòd existimem damnum, quod infero, esse leve, licèt reipsâ sit grave, ut si projiciam alterius gemmam pretiosam, putans esse vitrum exigui valoris.

§. II.

An Iure naturæ præcisè spectato detur obligatio gravis resarciendi damnum sine culpa Theologica datum.

187. DICO non dari. Ità communis Theol. & Canonist. est etiam aperta sententia S. Augustini Ep. 154. *Absit*, inquit, *ut ea, quæ propter bonum, aut licitum facimus, aut habemus, si quid per hæc contra nostram voluntatem cuipiam mali acciderit, nobis imputetur.*

Probatur Conclusio 1. Argumento superiùs facto contra P. Vasquez. Natura non instituit obligationes, quæ nemini quasi innotescunt: quod argumentum in præsenti conclusione, vel maximè locum habet, nullus enim Autor alicujus nominis unquam asseruit contrarium. Et sanè, si ad casus particulares descendamus, statim ipsa ratio repugnat tali obligationi, ut consideranti liquet.

188. Ratio à priori est clara. Nam actus sine ulla culpa Theologica commissus, habet se prorsus ut casus fortuitus, perinde, ac si fulmine tale damnum datum esset. Quidquid enim fit sine culpa; eò quòd actus ipse fuerit licitus, vel damnum secuturum non potuerit prævideri, vel planè invincibiliter non fuerit prævisum, fit quidem à nobis physicè, sed nõ fit à nobis moraliter, hoc est, modo humano, quia non est voluntarium: ergo nec debet moralem obligationem inducere, sicut nec casus fortuitus.

189. Confirmat hoc benè quidam Recentior. Damnum, quod datur à furioso & amente, nullam inducit obligationem restituendi, quia dicitur fieri à natura, non ab homine, à natura autem ineptè exigitur compensatio: atqui damnum datum ab invincibiliter operante ex ignorantia, non minùs est à natura, quatenus actio talis damnosa est, quia quâ damnosa non est voluntaria: ergo, &c.

190. Objicies. Ponamus me accendere segetes, vel domum Pauli, invincibiliter putantem esse Petri mei inimici: ex nostra conclusione sequeretur, me ad nullam restitutionem teneri, non quidem Petro, quia licèt affectivè lædere voluerim, reverâ tamen non læsi: solus autem affectus carens effectu non inducit obligationem restituendi. Sed neque Paulo tenerer, quia invincibiliter illi damnum intuli. Item, si occidam Petrum, putans esse Paulum, sequeretur me ad nullam restitutionem teneri illis, qui per tale homicidium læsi sunt, v.g. quos alebat, &c. Quidam Recentior negat inter istos duos casus paritatem, & quidem in priori casu negat sequelam objectionis, & docet, induci obligationem restituendi. Quia, inquit, damnum est unicum, & imputabile ad injustitiam, quidquid sit, an erraveris circa personam. In secundo casu concedit sequelam, nempe nullam esse obligatio-

nem

nem restituendi: rationem dat: quia in eo casu duo damna considerantur diversa, alterum, quod intendebas, & non fecisti, aliud, quod fecisti, sed non cogitabas. Ego tamen censeo esse disparitatem merè materialem, paritatem autem formalem: nam sicut in priore casu volo destruere has determinatè segetes, & in hoc non erro, sed erro in eo, quòd putem esse segetes Petri, cùm sint Pauli, ità in secundo casu volo determinatè hunc hominem, quem ante me video, occidere, & in hoc non erro, sed erro, quòd hunc hominem putem esse Petrum, cùm sit Paulus, & per consequens, quòd lædam conjunctos Petro, cùm lædam conjunctos Paulo. Patet in exemplo alio simili. Si prætereunte Petro, quem puto esse Paulum, dicerem alteri; *Hic homo est adulter*: quis quæso Confessarius me absolveret ab obligatione restituendi famam Petro, si postea resciam fuisse Petrum, qui præterivit? Non memini me apud alium hoc legisse. Quare censeo, in utroque casu esse obligationem restituendi illi, qui læsus est. Ratio est, quia tota quantitas damni est mihi voluntaria: quòd autem sit hujus vel illius damnum, non est necesse me scire, ut à natura pœna restitutionis imponatur: sicut quando damnifico communitatem, non debeo scire, quinam sint in illa communitate.

§. III.

Vtrum sufficiat culpa venialis ex defectu advertentiæ, vel requiratur culpa mortalis ad obligationem restituendi damnum grave.

191. P. Vasquez & Turrianus docent, eum, qui ex semiplena deliberatione alterum graviter læderet, teneri ad totum damnum. P. Molina & plures alii, quos sequitur Dicastillo, docent, nasci obligationem gravem, non quidem ad reparandum totum damnum, sed cum proportione ad majorem vel minorem culpam venialem, quâ damnum datum est.

DICO 1. Ex peccato veniali ob plenæ advertentiæ defectum, vel nulla nascitur obligatio, vel nascitur ad totum, eo modo, quo nasceretur, si damnum esset illatum cum plena deliberatione. Probatur. Vel enim volunt adversarii, nasci obligationem gravem ad partem gravem damni gravis, vel ad partem levem damni gravis: neutrum dici potest. Non primum, quia gravis pars damni est & ipsa damnum grave: ergo jam non est proportio inter illam, & inter culpam venialem, quæ est levis: Nam ob hanc improportionem ipsi adversarii non audent dicere, quòd ad totum damnum obligetur.

192. Confirmatur. Si illa pars gravis, quæ modò est pars totius damni illati: fuisset adæquatum damnum illatum illâ culpâ veniali, jam ipsi adversarii faterentur, non fore obligationem ad illud totum, propter improportionem: atqui eadem est improportio, si sit pars damni gravis, quia semper est eadem quantitas: ergo ob eandem improportionem etiam non nascetur obligatio ad illam partem, quando est pars damni. Sed neque secundum dici potest. Implicat enim in terminis, dari obligationem gravem ad tollendum damnum leve.

193. Dices: Imò de facto sæpè datur obligatio gravis ad materiam levem, v. g. si quis furatus esset medium florenum (ponamus hanc esse summam gravem, quâ minor non esset gravis) talis non haberet gravem obligationem restituendi totum medium florenum, sed sufficeret, si parùm restitueret, quo restituto residuum non esset materia gravis, ac proinde non peccaret graviter, illud residuum non restituendo, sicut non peccâsset graviter, illud primitùs auferendo: ergo dari potest obligatio gravis ad aliquid leve. ℞. Quando dicitur, aliquem teneri graviter ad summam gravem, debet intelligi in sensu formali, hoc est, tenetur ad restituendum eò usque, donec non remaneat damnum grave. Hoc sensu dicitur quis teneri ad totum damnum grave, hoc est, ad faciendum ut damnum desinat esse grave. Eodem sensu dicimùs, quòd implicet aliquem graviter obligari ad reparandum damnum leve, nempe, cujus adæquatus terminus sit levis, talis esset illa pars, de qua disputamus, non item medius florenus in casu replicæ: nam si quis restitueret, v.g. decem crucigeros, seu quarantanos, adhuc sub veniali teneretur ad reliquos viginti.

194. QUÆRES, an saltèm dici posset, dari obligationem levem ad partem levem in casu de quo disputamus? ℞. Cum distinctione. Priùs autem observo ex dictis lib. 2. Contr. Theol. quòd omnis semideliberata advertentia sufficiens ad peccatum veniale, sit respectu alicujus levis malitiæ advertentia plena, quia non potest dari peccatum sine præcedente judicio evidente practico, hîc & nunc me malè agere, quæ jam est plena advertentia ad aliquem gradum malitiæ. Hoc posito, respondeo: si quis inferens alteri damnum advertit evidenter, se alteri aliquod damnum inferre, sed non advertit ad gravitatem damni, tunc dico, quòd teneatur sub veniali ad restituendam partem levem, cum proportione ad advertentiam. Quòd si verò solùm advertit, se malè agere, non autem, quòd alteri inferat damnum, v. g. dum alterius famam lædit, advertit quidem ad malitiam mendacii, sed non ad specialem malitiam detractionis, tunc ad nullam restitutionem tenebitur, ne leviter quidem, quia nihil damni est voluntarium, & formaliter injustè illatum. Confirmatur à paritate. Nam quando quis semideliberatè emittit votum, v g. recitandi quotidie rosarium, ad nihil omnino tenetur, quia nulla pars fuit plenè delibe-

deliberatè volita, ex animo contrahendi obligationem pertinentem ad virtutem Religionis.

195. DICO jam 2. Contra P. Vasquez. Ex semiplena advertentia non nascitur obligatio ad restituendum damnum grave. Probatur 1. à pari, vel etiam à fortiori. Obligatio naturalis & quæ nobis etiam invitis nascitur, non debet faciliùs induci, quàm inducatur obligatio voluntaria; nam voluntariè possumus nos ad plurima obligare, ad quæ tamen à natura non poteramus obligari, cùm tamen econtra naturaliter homo ad nihil obligetur, ad quod non possit se sponte & voluntariè obligare: atqui voluntaria obligatio gravis nunquam nascitur ex semiplena deliberatione, ut patet in contractibus, votis, juramentis, &c. ergo nec obligatio naturalis ex læsione alterius.

Probatur 2. Damnum, quod non est omni modo voluntarium, eo modo quo non est voluntarium, non fundat obligationem restituendi: sed quando damnum grave infertur voluntate semideliberatâ, gravitas damni, quà talis non est voluntaria, quia non est sufficienter cognita: ergo non fundat obligationem restituendi.

Probatur 3. Obligatio restituendi damnum illatum, quando quis non est inde factus locupletior, est instar pœnæ impositæ à natura, tanquam necessariæ ad absterrendos homines à libidine damnificandi, & ad promovendam concordiam, & felicitatem vitæ socialis, ut suprà dictum est: atqui hæc pœna, de qua disputamus, non esset apta ad hunc finem: nam ab actu semideliberato non possumus absterreri per illam pœnam, ad quam non advertimus sufficienter. Ergo non est inducta à natura.

196. Confirmatur. Natura non induxit ullam obligationem, in quam homines non essent consensuri, si, antecedenter ad omnem casum eventualem fuisset eorum consensus requisitus, ut alibi declaravi. atqui non est credibile, quòd homines fuissent consensuri in obligationem de qua disputamus: ergo &c. Minor probatur. Culpa venialis ex semiplena deliberatione est quoddam malum moraliter inevitabile. quapropter quivis posset prudenter formidare, ne aliquando à se talis culpa committeretur, quâ commissâ putaret secum iniquè actum iri, si ob semiplenam advertentiam graviter esset obligatus: quod autem quisque circa se statui nollet, non debet velle, ut alius gravetur, juxta regulam: Quod tibi non vis fieri alteri ne feceris. Ergo &c.

§. IV.

Utrum contrahatur obligatio gravis restituendi damnum grave, illatum per plures actus deliberatos veniales.

197. QUÆRITUR quid obligationis sit in sequenti casu. Petrus læsit successivè diversis vicibus Paulum leviter, v. g. aufert unam uvam ex vinea, vel unum Julium, & hoc sæpius facit, non advertens nec intendens complere damnum grave: postea tamen advertit, illa parva damna adeo fuisse multiplicata, ut simul sumpta intulerint Petro grave damnum: quæritur inquam, an teneatur ad resarciendum damnum grave, adeoque sub peccato mortali, vel an tantùm teneatur sub veniali ad aliquam levem compensationem. Hoc posterius affirmavit quidam acutissimus Recentior, mihi multis titulis observandus, & olim meus in Mathesi Professor Romæ.

198. DICO, ex illis venialibus furtis nasci obligationem gravem restituendi gravitatem damni eò usque, ut nihil grave maneat irreparatum. Ità Thomas Sanchez *lib.* 1. *in Decal. c.* 4. *n.* 16. Lugo *d.* 8. *s.* 5. *à n.* 68. Esparza. Probo conclusionem 1. Datur obligatio ad totam illam summam restituendam quæ est summa gravis: sed ad restituendam summam gravem non datur obligatio levis sed gravis, ut etiam adversarius concedit, & per se patet, nam gravitas debiti seu juris passivi, est fundamentum & radix obligationis gravis, quæ ab illo specificatur. Major ergo probatur à posteriori. Si post singula furta restituisses, prout sub veniali tenebaris restituere, non propterea fuisses deobligatus restituere pro ultimo furto minuto, sed ex hoc etiam nasceretur obligatio levis restituendi illud: ergo tota summa secundùm singulas partes erat sub obligatione restituendi: atqui per hoc quòd priora furta non statim restitueris, non debes utique evadere melioris conditionis, & à natura mitiùs haberi, ità ut per restitutionem materiæ levis, reliqua quantitas poneretur extra omnem obligationem etiam levem restituendi: ergo etiam, & multò magis, nullâ factâ restitutione teneberis ad totam summam: atqui summa hæc, nullâ prius factâ restitutione, est gravis: ergo obligaris ad summam gravem: ergo etiam obligatio est gravis. Quòd autem evaderes melioris conditionis, & mitiùs habereris à natura in casu nullius factæ restitutionis, patet: quia in sententia contraria non tenereris restituere nisi levem aliquam summam: ad residuum verò ne quidem sub Veniali tenereris: ergo mitiùs tecum ageretur.

199. Probo Conclusionem secundò ad hominem. Quia adversarius non potest assignare, ad quantam summam intra sphæram summæ levis teneatur ille, qui successivè centum Iulios furatus est. Respondet Adversarius, non quidem teneri ad unum solum Iulium (ponamus, quòd nunquam plus simul acceperit, quàm unum Iulium) sed ad plus. Si enim (inquit) aliquis unâ vice unum Iulium, & alterâ alterum furaretur, sine voluntate tendente simul in duos Iulios, teneretur quidem ad resarciendum plùs quàm unum Iulium, sed minus quam duos.

Ratio-

Rationem dat: quia duæ culpæ leves sunt quid gravius quàm una sola, & quò plures sunt culpæ leves, eò quid majus conficiunt: semper tamen in ratione *levis*. Ita ille.

Sed contra argumentor. Ex hac doctrina sequitur, quòd multitudo furtorum patrocinetur furi eatenus, quatenus singulis furtis minùs obligatur si plura commisit, quàm si pauca: consequens videtur mihi ex terminis inconveniens. Sequelam facilè probo. ponamus, quòd duobus furtis duos Iulios acceperit, tunc per adversarium tenebitur ad plus quàm ad Iulium: ergo si hæc summa dividatur, uni furto respondebit medius Iulius & paulò plus. Ponamus jam alium, qui centum furtis furatus est centum Iulios, quæro, an singulis furtis obligetur ad medium Iulium? negare id debet adversarius, alioquin obligabitur ad gravem summam, nempe quinquaginta Iulios, quod est directè contra adversarium: ergo cùm non obligetur nisi ad summam levem (quam ponamus esse medium florenum) si iste dividatur in centum partes, singulis furtis respondebit unus nummus, & centesima pars viginti nummorum. Ecce! quantùm subleventur singula furta ob multiplicationem eorundem.

200. Ulteriùs ex hac doctrina sequitur, quòd etiamsi quis successivè millenos & millenos florenos per unius Iulii furta furatus esset, nunquam obligaretur ad illam summam, quæ est proxima summæ gravi. Probatur sequela. Si enim posset ad illam summam obligari, tunc si unicum furtum superadderet, propter hoc furtum unà cū prioribus ad aliquid amplius obligaretur: atqui illud amplius additum priori evaderet summa gravis: ergo jam obligaretur ad summam gravem, quod tamen adversarius dicit esse impossibile. Sequelam autem esse absurdam patet: nam unico furto illius summæ proximæ summæ gravi obligor ad illam totam: ergo per millena furta summæ paululùm minoris utique etiam eò perveniam.

201. Probatur Conclusio 3. à pari. Si ego tibi successivè diversis vicibus promitterem aliquid leve, hodie v. g. unum Iulium, cras parvam mensuram frumenti, deinceps aliquid olei aut vini &c. etiamsi in posterioribus promissionibus non recordarer priorum, si tamen omnia illa levia simul sumpta facerent materiam & quantitatem gravem, certum est, nasci obligationem gravem ad totum illud complexum rerum promissarum, etiamsi singulæ promissiones non obligarent nisi ad aliquid leve. ergo idem dicendum est in casu levium læsionum, quia solida disparitas non facilè assignabitur.

202. Respondet Adversarius negando paritatem: Obligationes enim, inquit, in promissionibus oriuntur ex ipsa voluntate se obligantis, & sic singulæ promissiones pariunt singulas obligationes, quæ cum reliquis possunt facere obligationem gravem, quando advertuntur; & ad hoc non debent uniri alio modo, quàm per existentiam, si simul omnes cognoscantur. At verò ex singulis culpis levibus suprà positis non oriuntur istæ obligationes, unde nec possunt coalescere in unam gravem. Et rationem dat, quia culpæ leves non dant causam rationabilem dissolvendæ concordiæ, ex qua sola potest dari voluntas obligationis gravis.

203. Hæc tamen responsio non satisfacit argumento, & potest pluribus modis impugnari. Primò, ponamus me ità promisisse, ut obligarer implere illo die, sed non implevisse, quo casu fit quotidie injusta læsio levis: neque tamen propterea minùs nascetur obligatio gravis; nam utique injusta læsio accedens ad promissionem non minuet vim obligandi: ergo illæ parvæ promissiones non habent suam vim obligandi graviter ex negatione injustæ læsionis: ergo pari modo quando per singula furta contrahuntur singulæ obligationes, hæ obligationes non impedientur ex eo quòd nascantur ex injusta læsione, quominus pariant obligationem gravem.

204. Contra secundò, & ponamus casum aliter hoc modo. Ponamus Petrum singulis diebus implevisse promissionem, sed semper eodem die iterum illud ipsum furatum esse, quod solverat. In hoc casu per adversarium non nascetur obligatio gravis, quæ tamen nata fuisset, si promissiones impletæ non fuissent, quod est sanè per se ridiculum, cùm in effectu idem sit, acsi nunquam impletæ fuissent promissiones.

205. Contra 3. Si verum est, quod dicit adversarius, nempe non ex singulis furtis levibus nasci singulas obligationes, quæro, an ex primo furto nascatur obligatio levis, necne? si affirmas, procedo ad secundam, & sic deinceps: atqui de nullo furto determinato potest negari, quia non est major ratio de uno quàm de cæteris: ergo ex singulis nascuntur singulæ obligationes. Neque dicas, ex primo furto nasci obligationem conditionatè: nisi sequantur alia furta: hoc enim esset absurdum: quia sic obligatio post furtum factum maneret suspensa, & pluralitas furtorum absolveret primum furtum ab obligatione: uno verbo: ex uno furto obligareris ideo, quia non es furaturus sæpius, quod ex terminis inconveniens est.

206. Contra 4. Verum quidem est, quòd causa discordiæ est unica causa gravis obligationis, sed hoc non est intelligendum de sola causa data, sed vel de data vel de danda. Explico. Causa data est, quando quis advertendo ad gravitatem læsionis alterum graviter lædit, tunc enim jam est data causa gravis indignationis & aversionis, & hinc nascitur gravis obligatio restituendi, & tollendi causam discordiæ, quæ continuaretur, si restitutio non sequeretur. Causa danda discordiæ est, quando quis, si ali-

si aliquid nec præstaret, nec ad præstandum obligationem agnosceret, daret alteri causam indignationis & aversionis, quæ causa etiam daretur ab eo, qui non præstaret totum aggregatum rerum promissarum. Hujusmodi causam daret etiam ille, qui pro centum furtis Iuliorum nollet restituere nisi duos Iulios, ut vult adversarius, quod quidem clarè ostendi potest. Dicat enim Petrus Paulo. Ignosce mihi frater: centum Iulios per centum vices abstuli, nunquam animo lædendi graviter; nunc autem recordor, fuisse centum Iulios ablatos. Respondebit Paulus. Non irascor tibi, quia non habuisti animum graviter lædendi, licèt reverâ læseris. Sed nunquid restitues quod abstulisti? Replicet Petrus. Ecce! do tibi duos Iulios, his contentus esse debes, nolis velis. Paulus urgebit. Si tantùm duo furta fecisses, deberes duos Iulios restituere: nihil ergo dabis pro reliquis 98.? Jam, secundùm Adversarium, debet Petrus provocare ad ipsum Naturæ lumen, & dicere: Lumine naturæ mihi notum est, quòd pro duobus primis furtis debebam unum Iulium cum dimidio: pro cæteris 98. accipe insuper medium Iulium, quia lumen naturæ plus non dictat. Quis obsecro, reprehenderet Paulum, si tali Philosopho indignaretur?

Probatur Conclusio 4. Solutione argumentorum, ex qua constabit ratio à priori hujus obligationis.

207. Objicitur ergo 1. Non potest esse rationabilis voluntas in hominum communitate, ut ex levi delicto, quamvis deliberato, subeat quis grave damnum: sed restitutio totius summæ esset grave damnum, ut supponimus: ergo ex levi delicto quamvis deliberato non incurritur hæc obligatio. Major probatur. Nam obligatio hæc non oritur ex re accepta, ut suppono, quia de ea nihil ampliùs exstat nec formaliter nec æquivalenter, sed solùm ex delicto, quamvis deliberato: adeoque se habet ad modum pœnæ debitæ illis peccatis levibus, quæ pœna licèt sit proficua læso, est tamen gravis respectu lædentis. Nunquam autem levibus culpis potest rationabiliter imponi gravis pœna seu grave damnum.

208. Respondetur cum Thoma Sanchez Lugo & Esparza, negando suppositum, nempe, quòd obligatio restituendi nascatur præcisè ex peccato Veniali, prout habet rationem culpæ, sed ex conventione seu consensu tacito, quem habet illa culpa annexum, quo quivis quacunque læsione voluntariâ voluit esse obligatus ad restituendum illud damnum, quod voluntariè intulit. adeoque dum committit secundum furtum, obligatur vi illius præcedentis conventionis ad secundum damnum unà cum priore restituendum, & sic deinceps, ac consequenter in ultima læsione, licèt secundùm se veniali, consentit implicitè in totum damnum grave restituendum: quia verò ad grave damnum non datur obligatio levis, ideo vult per consequentiam & implicitè esse obligatus graviter.

209. Pro meliore hujus intelligentia & confirmatione, meminisse oportet eorum, quæ suprà diximus de fundamento seu radice communi ad duas radices obligationis restituendi, quam doctrinam reipsâ etiam amplectitur adversarius. Nempe in quovis homine datur voluntas universalis quâ vult promovere propriam felicitatem: felicitas autem uniuscujúsque exigit ea omnia, quæ ad vitam socialem sunt necessaria, cujusmodi est pax mutua, & ablatio offensionum, quæ maximè proveniunt ex injuriis illatis: quare datur in singulis hæc generalis voluntas, quâ vult unusquisque vel non ponere injurias, vel si posuerit eas auferre. Porrò hæc voluntas est irrevocabilis, utpote confirmata ab auctore naturæ. Habet ergo omnis voluntaria læsio annexam hanc quasi conventionalem voluntatem, adeoque obligatio restituendi non est pœna penitus involuntaria, sed est pœna conventionalis, quam quisque sibi ipsi imponit alium lædendo: atqui omnis conventio est quædam promissio: ergo in omni læsione intervenit promissio compensandi damnum illatum: atqui ex pluribus levibus promissionibus potest nasci obligatio gravis, ut adversarius fatetur: ergo à primo ad ultimum, ex pluribus culpis levibus, ut habentibus annexam promissionem, potest nasci obligatio gravis, & ad aliquid grave. & hæc est ratio à priori Conclusionis nostræ.

210. Confirmatur primò. Quando quis committit posteriora furta, non utique in eorum compensationem obligatur consentire solummodò conditionatè: *si nulla alia furta præcesserint*, aut, *si illa jam sint compensata*, hoc enim absurdè diceretur, ut ostendi in primo argumento, quòd enim pro prioribus non satisfecerit, & insuper nova furta superaddiderit, non debet utique relevare: atqui si priùs satisfactum esset, hæc satisfactio unà cum posteriore esset aliquid grave: ergo etiamsi nulla satisfactio præcesserit, adhuc in posteriore consentit in aliquid grave. Itaque licèt pro culpa levi non possit imponi pœna gravis, quæ nullo modo sit conventionalis, sed penitus involuntaria, attamen pœna conventionalis potest, sicut ex conventione potest quis teneri ad præstandam culpam civilem levissimam, imò & casum fortuitum.

211. Confirmatur 2. Ex sensu & praxi omnium hominum etiam alioquin jurium suorum tenacissimorum. Si quis enim alteri diversis vicibus cum culpa veniali, v. g. ex levitate & petulantia, scinderet duo foramina in pallio, pro quorum singulis reficiendis esset dandus Iulius, si inquam postmodum utrumque curaret refici, & solveret duos Iulios, quis nostrum judicaret, quòd plùs æquo fecerit? cuinam dictaret lumen naturæ, quòd haberet jus aliquid repetendi à læso?

læso? quis læsum obligaret ad aliquam refusionem?

Objicitur 2. Totum damnum per modum unius nullâ voluntate fuit volitum: ergo alter non potest ex illis levibus culpis esse graviter offensus formaliter, sed solùm materialiter, quia passus est grave damnum. ℞. Concedendo totum: quid inde? ergo lædens non teneatur grave damnum compensare? nego consequentiam: quomodo probatur? Non tenetur solvere plus, quàm quod est formaliter volitum. Itane? quomodo ergo adversarius suprà dixit, quòd qui duobus furtis furatur duos Iulios, non quidem teneatur solvere duos Iulios, sed tamen plus quàm unum Iulium? cùm nunquam sit formaliter volitum majus damnum quàm unius Iulii? Ecce! quòd argumentum nimiùm probet.

Confirmatur adhuc evidentiùs. Nam si adversarii fundamentum verum esset, sequeretur, quòd qui diversis vicibus furaretur summas graves, v. g. unum aureum centum vicibus, nunquam tamen advertendo ad reliqua furta, sequeretur, inquam, quòd non teneretur restituere centum aureos, imò non plùs quàm unum aureum, quia nunquam per modum unius plùs quàm unius aurei damnum, multò minùs damnum centum aureorum fuit formaliter volitum, & tamen omnes docent, tunc teneri ad centum aureos, non minùs quàm si habuisset animum furandi centum aureos per modum unius, non obstante, quòd illa peccata non intendentia damnum centum aureorum, essent minùs gravia, quàm si intendisset damnum centum aureorum. Ergo idem cum proportione in nostro casu dicimus, & servamus doctrinæ consequentiam.

212. Objici posset tertiò. Quando quis multos leviter lædit, ità ut confletur tandem gravis læsio, tunc si illi plures non uniantur unione morali, ità ut constituant aliquam communitatem, certum est, quòd non nascatur gravis obligatio, etiamsi damnum illatum sit grave: ergo nec in casu controversiæ nascetur. ℞. Hoc nihil ad propositum facere, & nimiùm probare. Probaret enim, quòd neque tunc nasceretur gravis obligatio, quando eundem pluribus vicibus leviter læderem, cum expresso animo perveniendi ad summam gravem: ità enim in casu objectionis res se habet, nam etiamsi omnia illa damna plurium simul & semel per unam actionem fierent, & intenderentur, non nasceretur gravis obligatio: ergo non valet argumentatio à damnificatione plurium ad damnificationem unius. ℞. itaque, in casu objectionis inferri quidem damnum grave physicè, sed non grave moraliter, prout in præsenti controversia sumitur: nempe illa levia damna non habent debitam unionem, hoc est, non coalescunt in ordine ad causandam gravem tristitiam, in ordine ad quam explicatur gravitas damni sufficientis ad peccatum mortale, ut infrà dicetur. ad hoc enim requiritur, ut coalescant in eodem damnificato subjecto, sive illud sit unum physicè, sive unum moraliter, quale est una Civitas, Collegium, vel alia Communitas: sed de hoc plura infrà.

§. V.

An qui per errorem judicat se inferre damnum minus, teneatur solùm restituere secundùm suam æstimationem, spectato Jure naturæ.

213. Quæstio est, ad quid teneatur ille, qui per invincibilem errorem existimans se hac actione non inferre plus damni, quàm v. g. decem florenorum, vel decem crucigerorum (quorum prior damnificatio etiam in æstimatione illius est gravis, posterior verò levis) reverâ tamen infert damnum gravius, vel quia res, quam destruit, longè plus valet, vel quia ex damno directè dato aliud postea gravius damnum extrinsecum consequitur, quod tamen secuturum esse lædens non prævidit, nec hîc & nunc poterat prævidere: quæritur, inquam, an solùm teneatur restituere secundùm æstimationem suam erroneam, vel an secundùm totum damnum illatum.

Quæstioni huic, quam alii DD. non satis accuratè tractant, ansam dedit Cardinalis de Lugo *disp.* 8. *s.* 5. *n.* 63. ubi eam disputat in casu, quo quis projicit gemmam alienam in mare, putans valere centum, cùm valeat mille, vel putans valere valde parùm, cùm valeat multùm.

214. Docet ergo Card. de Lugo, & respondet ad casum cum distinctione: eum nimirum, qui putat valere centum, quæ est materia gravis, teneri etiam ad reparanda mille ignorata. Rationem dat, quia reverâ habuit animum lædendi graviter: ergo jam incurrit hanc quasi pœnam à natura taxatam, ut debeat solvere totum valorem gemmæ, quicunque valor ille sit. Qui verò æstimavit valere parùm, ex ejusdem Cardinal. sententia non tenetur, nisi quantùm æstimavit valere. Hæc est propria sententia hujus Cardinalis, quam P. Esparza q. 34. confundit cum sententia Cardinalis Pallavicini, à qua plurimùm differt. Itaque

215. Cardinalis Pallavicinus *cap.* 7. *n.* 71. aliter respondet ad casum, & docet, etiam eum, qui putat gemmam esse vitrum parvi valoris, adhuc teneri ad totum valorem intrinsecum gemmæ. Rationem dat, quia voluntate executivâ voluit projicere quod habebat in manu, quodcunque illud esset: ergo jam se debebat obligare ad restituendum, quodcunque esset. Ad damna autem subsecuta, quæ non fuerunt prudenter suspicabilia, hoc est, quæ non potuerunt prudenter timeri secutura, ait Card. læsorem nunquam teneri, sive secundùm suam æstimationem intulerit

lerit damnum leve, five grave. Hæc igitur doctrina in utroque puncto differt à doctrina Lugonis: quia Lugo condemnat eum, qui graviter vult lædere, ad damna subsecuta etiam invincibiliter ignorata, & quæ prævideri non poterant; imò ad casus fortuitos, quam doctrinam supponit sæpius ut indubitatam, neque tamen pro tam gravi obligatione asserta adducit alios Auctores. Deinde differt etiam in eo, quòd Lugo faciat discrimen inter volentem lædere graviter & volentem lædere leviter, quod discrimen negat Pallavicinus, ut retulimus.

216. Quòd lædens non teneatur restituere damna extrinseca, & invincibiliter non prævisa secutura, probat Pallavicinus ratione à priori. Quia nemo tenetur reparare damna, quorum non fuit causa moralis: atqui damni, quod nemo prudens potuit prævidere, & ratione quorum non potuit Dominus antecedenter esse invitus circa actionem, non fuit causa moralis illator damni. Ergo, &c. Debent ergo, inquit, talia damna considerari ut merè fortuita. Confirmat. Quia obligatio reficiendi damna inexcogitabilia, esset irrationabilis, & intolerabilis, & occasio litium infinitarum semper subnascentium.

217. P. Martinus Esparza aliter resolvit casum, & docet, nullum prorsus esse faciendum discrimen inter valorem intrinsecum rei, & damna subsecuta extrinseca, nec inter eum, qui venialiter tantùm vult lædere, & eum, qui graviter, sed sine discrimine, neminem teneri ad plus restituendum, quàm secundùm quantitatem æstimatam ab ipso lædente, nullámque obligationem resultare ex quantitate damni, & valore rei invincibiliter ignoratis, ità quidem, ut nec dubitaverit de ulteriore valore, ac vi nociva.

218. DICO 1. Qui per errorem putat, damnum à se inferendum majus esse, quàm reipsâ sit, affectivè quidem graviùs peccat, sed non tenetur ad plus restituendum, quàm quantùm reipsâ damni intulit. Probatur. Justitia non obligat nisi ad æqualitatem cum jure activo alterius: sed jus activum alterius adæquatur restituendo quantùm damni datum est. Ergo, &c.

219. DICO 2. Contra Card. de Lugo. Qui vult alterum lædere, sive graviter, sive leviter, non tenetur ad damna extrinseca subsecuta, & prudenter insuspicabilia. Probatur. Ad casus fortuitos nemo tenetur, nisi se ad illos per pactum ab altero acceptatum obligaverit, vel ex lege teneatur: sed in casu conclusionis nullum tale pactum intervenit, & damna inopinabilia subsequentia sunt planè fortuita; & si quis vellet invitus esse circa actionem alterius, ex qua fortè damnum aliquod sequi posset, sed nemini esset prudenter suspicabile, v. g. si quis nollet candelam ab altero accendi, ne fortè inde incendium oriatur, & domus sua comburatur, cujus tamen combustionis nullum apparet periculum, quamvis casu contingere posset: talis, inquam, omniū judicio esset irrationabiliter invitus: ergo actio non est injusta ratione damni subsecuti insuspicabilis: ergo nec fundat obligationem restitutionis.

Confirmat hoc Pallavicinus. Si hæc obligatio daretur, nullus planè litium finis esset: dato enim semel damno, semper nascerentur novæ querelæ apud alios & alios, qui sibi persuaderent, se quoque per consequentiam læsos esse, ut magis infrà declarabitur.

220. DICO tamen 3. Qui ex culpabili inconsiderantia non attenderet ad damna prudenter opinabilia fortè subsecutura, teneretur ad omnia illa, quæ tunc evenirent. Probatur. Quia per suam actionem jam est causa moralis illorum damnorum, & sunt illi sufficienter voluntaria, quatenus ipsa inconsiderantia est voluntaria. Est enim quisque rationabiliter invitus, ne alter cum tali inconsiderantia & sine examine damnorum se lædat.

221. DICO 4. Contra utrumque Cardinalem. Probabilius est, eum qui ex invincibili ignorantia existimat, hoc vel illud damnum non esse connexum cum sua actione nociva, sive illud damnum sit intrinsecum sive extrinsecum, & sive secundùm æstimationem lædentis actio sit leviter sive graviter nociva, non teneri ad amplius quàm ad quantitatem æstimatam.

222. P. Martinus Esparza probat Conclusionem his verbis. Inhumanum est, ut homines contrahant obligationem modo minimè humano: obligatio autem consequens ad ignorantiam invincibilem contracta eatenus esset modo minimè humano, quia homo quatenus ignorat, nihil differt à bruto, quia eatenus libertate caret, à qua pendet omnis obligatio. Ita ille. Hæc tamen ratio, nisi promoveatur, nimiùm probat, ut ego quidem existimo, & facilè solveretur ab adversariis. Nimiùm, inquam, probat: probaret enim, quòd nec leges possent ad hujusmodi reparationem damni sine omni culpa theologica dati obligare, quod est contra hunc ipsum auctorem. Probatur sequela: quia sicut hic auctor dicit, quòd lex naturæ ità obligans esset inhumana, ità sequeretur, leges positivas sic obligantes fore inhumanas. item probaret, quòd nec per pactum possem hujusmodi obligationem contrahere, quia pactum esset inhumanum, utpote inducens obligationem contrahendam modo minimè humano. Deinde responderent Adversarii, quòd interveniat sufficiens libertas & consensus, quatenus volo damnificare in tali re, v. g. in projectione gemmæ, & implicitè consentio voluntate executivâ, in totum damnum, quod inest gemmæ, quantumcunque illud sit, ut tradit Pallavicinus. Item dicerent, quòd sufficiat lex naturæ sine mea libertate, quia debeo nolens volens consentire tali legi, sicut legibus humanis, quando ob varias circumstantias,

quibus

quibus natura non potuit providere, tales leges ferret. Aliunde ergo probandum est, illam legem naturæ inhumanam fore, & non præcisè ex eo, quòd obliget ad reparandum damnum aliquod involuntarium: hoc enim, ut ostensum est, non est ex conceptu suo inhumanum pro omni casu, & circumstantiis, in quibus potest esse expediens dari hujusmodi legem. Ostendendum ergo est, quòd simpliciter & universaliter à natura sic obligari non expediret, & non esset hominibus optabile.

223. Probatur ergo Conclusio ex jam alibi dictis & insinuatis. Omnis obligatio à natura introducta ità compatata esse debet, ut optabilior sit singulis hominibus antecedenter ad omnes eventus, quàm esset negatio illius obligationis: hoc est, debet ab illa posse plus commodi sperari, quàm incommodi timeri: sed obligatio quam adversarii astruunt, non est talis. Ergo non est asserenda. Major est adversariorum. Minor probatur primò. Quia commodum, quod inde deberet posse sperari, aliud non apparet, quàm, quòd deberet servire ad absterrendum homines à tali etiam involuntaria damnificatione: sed ad hoc vel nihil, vel admodum parùm servit: cùm enim ex natura rei (quidquid sit de speciali aliquo loco, aut genio hominum) rarissimè contingat, ut notabile damnum sequatur, quod præmissà sufficiente indagatione & circumspectione non sit prævisum, & ideo, qui invincibiliter putat tale damnum non sequi, non apprehendat periculum incurrendi obligationem hujusmodi damni refundendi, non absterrebitur ab actione. Secundò. Quia optabilius est, non inductam esse talem obligationem; quod patet inde, quia durius est, & magis afflictivum ex genere suo, solvere scienter & deliberatè pro damno inscienter dato, quàm tolerare tale damnum ab alio datum sine spe compensationis. Certè unusquisque faciliùs tolerat damnum, quod incurrit amittendo aliquid casu fortuito, quàm si sine culpa sua deberet hujusmodi bono seipsum spoliare, & esse executor in propriis bonis: ergo cùm unusquisque homo sit utrique malo æqualiter expositus antecedenter ad ullam rerum coordinationem, unusquisque mavult pro tali casu nec se, nec alios obligari, quàm obligari, quod etiam observavit P. Esparza.

224. Ad fundamentum Card. Pallavicini ℞. 1. Illud nimiùm probare. Primò enim probaret, quòd qui ne quidem venialiter peccaret, invincibiliter existimans, rem nullius esse pretii, & abjiceret, deberet totum valorem intrinsecum resarcire, quia voluntate executivâ voluit totum destruere, quidquid illud esset. Neque in hoc possum videre solidum discrimen. Secundò probaret, etiam ex veniali culpa non solum valorem intrinsecum, sed etiam damnum extrinsecum restituendum esse, quod adversarius negat: Sequela autem probatur. Quia qui ponit actionem nocivam, vult executivè ponere omne illud, cum quo tanquam cum effectu connexionem habet talis actio.

225. Confirmatur à casu non dissimili: si projicerem gemmam, existimans invincibiliter, esse partim meam, partim Petri, non tenerer restituere Petro, nisi in quantùm existimavi, esse illius, & tamen habui voluntatem projiciendi, quidquid in hac gemma est Petri, est autem, ut ponimus, tota Petri: ergo idem in nostro casu dicendum erit. Probo consequentiam: quia valor gemmæ ultrà meam æstimationem secundùm eandem æstimationem, non est illius cuius est gemma, quia ut ego existimo, non datur in gemma ille valor: ergo secundùm meam æstimationem, non solùm non est Petri, sed est omnino nullius.

226. Objicit Card. de Lugo. Pœna etiam ignorata potest justè infligi peccanti, v.g. si sit pœna mortis constituta furto centum aureorum, etiamsi fur nesciat talem pœnam esse constitutam, potest fur justè suspendi: sed restitutio se habet per modum pœnæ: ergo lædens tenebitur ad illam, etiam si ignoraverit, se illam pœnam incursurum in projectione gemmæ propter ignorantiam valoris. ℞. 1. Exemplum hoc esse potiùs pro nobis; si enim constaret, quòd fur invincibiliter ignorâsset gemmam valere centum, & existimâsset, valere tantùm unum aureum, non posset justè suspendi, ut dixi in materia de legibus: ergo sicut in fure non quidem requiritur notitia pœnæ constitutæ ordinariæ, requiritur tamen notitia malitiæ objectivæ, cui est constituta pœna objectiva, ità pariter, ut incurratur pœna restitutionis, requiritur ut sit cognita, & voluntaria malitia damnificationis tantæ, cui tanta restitutio est imposita. ℞. 2. Pœnam restitutionis esse pœnam quasi conventionalem, ut tradit ipse Lugo. Nos autem in probatione Conclusionis ostendimus, hanc conventionem tacitam non dari in casu nostro, quia non expediebat.

§. VI.

Vtrum ex sola intentione nocendi, possit actio materialiter nociva reddi formaliter injusta, inducens obligationem restituendi.

227. Sciendum est primò, posse aliquem velle alteri nocere dupliciter, directè, vel indirectè: directè dicitur velle nocere, quando objectum directè volitum est nocumentum; sic Iudex ferendo sententiam & dictando pœnam, vult directè pœnam, & sic directè nocere reo. Indirectè, quando id, quod est directè volitum, cognoscitur esse connexum cum damno alterius, licèt ipsum secundùm se non sit formale damnum alterius, v.g. suadeo alicui, ut Paulum scribat hæredem, videns hoc modo excludendum

dum esse Petrum, ne succedat ab intestato, quod est damnum illius. Quod si quis hoc damnum haberet pro fine, & ideo suaderet fieri testamentum, ut excluderetur hæres ab intestato, tunc damnum esset directè volitum, quia esset finis intentus: omnis enim finis intentus est directè volitus, licèt non econtra omne directè volitum sit finis, nam etiam media sunt directè volita, & tamen non sunt finis.

228. Sciendum 2. Posse aliquem alteri nocere, vel positivè, vel negativè: positivè, ut si accendam segetes alterius, vel arborem, cum cujus combustione video connectendam combustionem segetum alterius. Negativè, ut cùm possem extinguere incendium aliunde ortum, & non extinguo, adeoque sum causa removens prohibens, licèt positivè nihil concurram. His præsuppositis

229. Controversia est, an, quando possem nocumentum tuum, sive directè, sive indirectè, licitè velle sicut Iudex, vel suasor testamenti in exemplis positis, an, inquam, si nocumentum intendam, ut finem, & ut tibi malè faciam, ex hac intentione ità vitietur illa actio secundùm se licita, ut peccem contra Justitiam, & obliger ad restitutionem.

Prima sententia docet, quando habeo Ius volendi directè tuum nocumentum, sicut habet Iudex, carnifex, &c. tunc non vitiari actionem, sicut nec vitiatur, quando tantùm negativè concurro: si verò non habeo Ius directè volendi nocumentum, sicut nec habet consultor testamenti, tunc vitiari. Ità Sotus, Caietanus, Richardus, Rosella, Angelus, Tabiena, quorum tamen aliqui explicari possent eo modo, quo paulò pòst leges explicabimus. Expressiùs eam tenet Card. de Lugo.

230. DICO probabilius esse oppositum, & nunquam ab intentione præcisè vitiari actum damnosum, ut nascatur obligatio restituendi, si damnum secundùm se est licitum. Ità Vasquez Sanchez, Turrianus, Navarrus, Lessius, Esparza. Probatur imprimis argumento negativo. Obligationes conscientiæ non debent affirmari sine gravi & difficulter solubili fundamento, præsertim quando auctoritas & communis sensus non cogit: sed nullum hujusmodi fundamentum stat pro contraria sententia, nec auctorias cogit. Ergo, &c.

231. Confirmatur. Sententia contraria non est accommodata humanæ imbecillitati: proclive enim est, homines quandoque ex odio aut invidia facere quasdam actiones damnosas, alioquin sibi licitas, neque tanguntur ullo scrupulo de obligatione restituendi. Certè apud opifices & mercatores innumeræ sunt harum actionum occasiones, & etiam incitamenta faciendi eas ex invidia, v. g. merces viliùs vendendi, ut alter suas merces vendere non possit.

232. Probatur Conclusio 2. A priori. Ius proprietaris non respicit actionem internam alterius tanquam terminum suum directum, sed respicit actiones externas, internos verò actus non nisi indirectè, in quantùm scilicet externæ non ponuntur nisi per internos: ergo variatio intentionis internæ præcisè non potest actionem alioquin licitam reddere injustam. Probo consequentiam. Illa actio non est injusta, quæ nullam inducit inæqualitatem, minuendo jus alterius: sed actio externa, de qua loquimur, nullam inducit inæqualitatem, quia est justa negativè, ut supponimus: & actio interna non cadit sub Ius alterius, adeoque per illam nulla ponitur inæqualitas. Ergo hac solâ accedente actio externa non evadit injusta.

233. Dices: Tametsi Paulus non habeat simpliciter Ius ad omissionem talis actionis, habet tamen Ius, ut non fiat ex tali intentione. Sed contra 1. Quia hoc ipsum dicere posses de Iudice, Carnifice, &c. & de illo, qui tantùm damnificat negativè, adeoque & isti peccabunt contra Iustitiam, quod tamen ipsi adversarii negant. Contra 2. Si hoc esset verum, haberet Paulus directè Ius ad omissionem talis intentionis, quæ non minùs est interna, quàm ipsa intentio: hoc autem æquè est absurdum, ac dicere, quòd habeat Ius ad actiones internas.

234. Objicit Lugo primò & præcipuè. Multa sunt præcepta aliarum virtutum non obligantia quidem ad aliquid evitandum, vel impediendum, sed tamen obligantia ad non procurandum positivè aliquid, v. g. temperantia non obligat ad evitandam pollutionem nocturnam involuntariam per omissionem cœnæ, aut potûs, vel colloquii, ex quo prævideo secuturam: obligat tamen ad non procuranda hæc media in eum finem, ut pollutio sequatur, etiam in somno: Ergo idem dici potest de Iustitia.

235. ℞. 1. Argumentum suo auctori solvendum esse. Probaret enim, quòd etiam, qui esset causa negativa damni ex intentione damni, peccaret contra Iustitiam, quod negat ipse Lugo. Sequela probatur argumento ipsius à paritate. Castitas, aut Temperantia etiamsi non obliget ad flagellationem, aut cilicii gestationem, per quam impediretur pollutio nocturna non voluntaria, obligat tamen, ut non omittam in hunc finem, ut illa sequatur: ergo licèt Iustitia non obliget ad extinguendum ignem, obligabit tamen ad non omittendam extinctionem in hunc finem, ut sequatur combustio domûs: ergo etiam adversario est assignanda disparitas.

236. Respondetur ergo 2. Directè negando consequentiam, & paritatem. Meritò sanè prohibetur à temperantia illa intentio, quia est valde inordinata, & à nulla alia virtute prohibetur: at verò intentio nocendi mediante actione cæteroquin licitâ prohibetur sufficienter à chari-

charitate, contra quam est illa intentio, sicut est quodvis desiderium damni, etiam aliunde quàm à me provenientis, à quo tamen desiderio utique non inducitur obligatio restituendi.

237. Respondetur 3. Iterum negando consequentiam & paritatem. Temperantia attendit medium rationis: ab hoc autem medio recedit intentio procurandi pollutionem per media alioquin licita: si enim talis intentio liceret, v. g. si liceret comedere certas herbas concitativas spirituũ in hunc finem, ut sequatur pollutio, plurimi ex desiderio pollutionis allicerētur ad hujusmodi herbas, aut alia media procuranda, qui tamen de his mediis nullam curam habent, nec erga illa afficiuntur, postquam sciunt talem intentionem esse prohibitam: ergo prohibitio talis intentionis jam conducit multùm ad finem castitatis, nempe, quia cavet multas procurationes pollutionum indeliberatarum, quæ etiam aliquo modo opponuntur fini castitatis, etsi non sint peccaminosæ, utpote non voluntariæ. At verò justitia attendit medium rei, & hoc respicitur à jure alterius: ergo cùm Ius alterius non minuatur præcisè ex tali intentione, ut ostendimus, talis intentio non recedit à medio Iustitiæ, sed à medio charitatis, quod est medium rationis.

238. Objicit Lugo 2. Sola intentio facit, ut effectus alioquin non voluntarius, sit voluntarius, & ut ego dicar esse causa illius: ergo facit, ut peccem contra iustitiam. Respondetur negando consequentiam, & retorquendo in causalitate negativa. Solùm inferri potest, quòd peccem contra charitatem, aut etiam contra aliam virtutem, v. g. gratitudinis, pietatis, &c.

239. Objiciunt alii. 2. Legem secundam §. *Idem Labeo ait*: *ff. de aqua pluvia arcenda*. Cujus hæc verba sunt. *Qui avertit torrentem, ne sibi noceat, unde factum sit, ut vicino noceatur, cùm eo aquæ pluviæ arcendæ agi non possi à vicino, si modò NB. hoc non eo animo fecit, ut vicino noceat, sed, ne sibi noceat.* Respondet ipse Lugo, in casu legis non intervenire solius intentionis variationem, sed etiam actionis externæ indicativæ talis intentionis, nempe aversio aquæ, sine suo commodo, cum alterius incommodo, quod utique est contra Iustitiam, sive fiat animo nocendi, sive ex alio fine à lege non approbato.

240. Et quidem, ut bene notat Zœsius in hunc titulum n. 5. ex tali aversione aquæ non cedente ad arcendum proprium nocumentum, colligitur animus nocendi alteri. In idem recidit responsio P. Esparza, leges non respicere intentionem secundùm se, sed actionem, vel omissionem, quæ talem intentionem per se loquendo præsupponit: talis autem actio, vel omissio est injusta ex se, & inductiva obligationis restituendi, etiamsi absit intentio formalis nocendi, si sit inductiva nocumenti alieni, sine commodo meo à lege mihi concesso.

241. Objici posset 4. Certum est, aliquam actionem externam ex se indifferentem, ut sit, vel non sit injusta, posse fieri injustam variatâ solâ intentione, ex qua procedit, v. g. actio externa, quâ arripio tuum librum, est indifferens, ut procedat vel ab intentione solùm aliquandiu legendi, vel ex animo furandi: si procedat ex priore intentione, non est injusta, si procedat ex posteriore, est injusta: ergo sola intentio interna potest viriare actionem externam, & facere injustam, quæ secundùm se est licita, quod videtur in nostra Conclusione negari.

242. Respondetur distinguendo consequens. Ergo hoc potest facere sola intentio, à qua procedit actio ex se non nociva, sed quæ evadit nociva per ipsam intentionem, concedo: intentio, à qua procedit actio ex natura sua æquè nociva, ex quacunque intentione procedat, nego consequentiam. Conclusio loquitur de actione nociva ex natura sua, quæ tamen non sit injusta, sed secundùm se licita, de hac quæritur, an ex sola intentione nocendi fiat injusta, quod negamus, quia nullam inducit inæqualitatem: at verò in casu objectionis actio ex se indifferens, ut sit vel non sit nociva, determinatur ad esse nocivam ab intentione retinendi librum, & sic fit actio inductiva inæqualitatis. Porrò talis intentio non manet merè interna, sed prodit in actum externum, qui est signum illius, licèt secundùm aliquam rationem genericam. Leges autem humanæ, quamvis non possint prohibere actionem merè internam, aut ad talem obligare, possunt tamen prohibere, aut obligare ad actionem externam, ut procedentem à tali intentione interna: sic Ecclesia præcipiens orationem horarum Canonicarum, & auditionem Missæ, præcipit, ut fiant ex intentione colendi Deum, sine qua intentione non satisfieret præcepto. Pari igitur ratione potest Dominus libri obligare alium, ne suum librum attrectet animo retinendi, seu tali intentione, ex qua actio fieret nociva. Aliter se res habet, quando actio est nociva ex quacunque intentione fiat, tunc enim, si in uno casu est licita, non evadit injusta præcisè per intentionem, cujus motivum sit, nocere: quia per hoc non inducit inæqualitatem, cùm alter non habeat Ius ad omissionem illius.

§. VII.

Quanta culpa requiratur, ut quis ratione officii cum alterius damno administrati teneatur ad restitutionem.

243. DICO 1. Medicus, Advocatus, Confessarius, Judex & hujusmodi, nisi speciali pacto se ad extraordinariam diligentiam obligaverint, non tenentur nisi ad illam diligentiam, quàm alii ejusmodi officio fungentes communiter adhibere solent, & dicuntur esse diligen-

gentes in officio suo. Ità communis Theologorum, quibus adhæret cum pluribus Legistis Julius Clarus *lib.* 5. *pract. Crim.* §. *fin. q.* 73. *n.* 3. dicens, Judices, aliósque Officiales hodie non accusari, nisi de dolo & culpa lata. Probatur conclusio. In tantùm obligantur, in quantùm volunt, & tenentur se velle obligare: atqui communiter non volunt, secluso speciali pacto, nec tenentur se velle obligare, nisi ad comunem similium diligentiam. Ergo, &c. Quapropter si talis committat culpam levissimam, aut levem, etiam scienter, & cum prævisione damni secuturi, non peccat contra Iustitiam, nec tenetur ad restitutionem, quia non tenebatur illàm culpam Civilem cavere.

244. DICO 2. Nisi interveniat culpa lethalis Theologica, non tenetur, ne quidem ex lata culpa civili restituere in conscientia, ante sententiam & condemnationem altioris Magistratûs. Ità Lugo n. 93. tribuens multis doctissimis Recentioribus. Eandem tenet P. Esparza. Probatur ex dictis. Qui damnum infert sine plena advertentia sufficiente ad culpam lethalem, non tenetur ad restitutionem, ut suprà probatum est: atqui committens culpam latam in re gravi sine culpa lethali, hoc ipso supponitur non habuisse sufficientem advertentiam ad culpam lethalem, alioquin illam commisisset. Ergo, &c.

245. Limitanda tamen est conclusio primò: nisi priùs pactum intercessisset de præstanda culpa civili, seclusâ etiam culpâ Theologicâ. Limitanda est 2. Nisi postmodum sine suo incommodo & jactura possit impedire, ne damnum illatum ulteriùs serpat, aut continuetur, v. g. Medicus præscripsit ex inculpabili præcipitantia medicamentum nocivum, si postea sine nocumento suo potest errorem corrigere, & impedire, ne noceat deinceps, tenetur, quia nisi faciat, censetur influere in damnum subsequens, voluntariè conservando causam illius.

§. VIII.

De obligatione restituendi damnum datum ex culpa civili contra naturam contractûs commissa.

246. PRæmittendum est 1. Contractus esse triplicis generis, aliqui cedunt in utilitatem utriusque contrahentium, ut emptio, venditio, locatio, pignus, &c. Alii in utilitatem illius solius, qui obligatur, ut commodatum: alii in utilitatem illius solius, cui alter obligatur, ut depositum. Hæc doctrina quæ certissima est, cum grano salis intelligenda est, ne videatur repugnare doctrinæ superiùs traditæ, & æquè certæ, quòd omnis obligatio ex Iustitia respiciat commodum illius, cui aliquis obligatur. Advertendum itaque est, quòd contractus Commodati duos effectus pariat. Unus est, Ius detinendi rem commodatam ad certum aliquod & determinatum tempus, per hoc enim differt à Precario, ut suo loco pluribus explicabitur: hoc Ius est utique in commodum Commodatarii, & non in commodum Commodantis, ut patet. Alter effectus est, obligatio restituendi rem commodatam tempore elapso, & hæc obligatio respicit commodum Commodantis, qui habet jus repetendi rem commodatam. Quia tamen uterque effectus simul sumptus est optabilior Commodatario, quàm Commodanti, ut per se clarum est, ideo dicitur iste contractus esse potiùs in utilitatem Commodatarii, quàm Commodantis, cum quo stat, quòd omnis obligatio respiciat commodum illius, cui quis dicitur obligatus, ut ostensum est. Et sic de cæteris contractibus philosophandum est.

247. Præmittendum est 2. Regulam communiter tradi hanc, quòd in Contractibus primi generis obligetur quis ad culpam levem cavendam, & damnum inde secutum præstandum; in contractibus secundi generis etiam ad culpam levissimam: in contractibus tertii generis, non nisi ad culpam latam. Hæc tamen Regula patitur unam alteramve exceptionem ex dispositione legum. Nam Mandatarius tenetur ex culpa levi, imò & levissimâ, non item Depositarius, cùm tamen uterque contractus sit in utilitatem illius, cui alter obligatur. Item Commodatarius detinens rem ultra tempus constitutum, adeoque precariò, tenetur adhuc ex culpa levi, licèt alioquin, qui precariò aliquid possidet, tantùm teneatur de culpa lata. Regulam autem, quæ est 23. ff. de R. J. referam agens de contractu locat. Contr. 14. ubi pariter specialem difficultatem.

248. Præmittendum 3. Tametsi diversitas harum obligationum pro diversitate contractuum modò ad levem, modò ad levissimam, modò ad latam solummodo culpam, ultimatè proveniat à constitutione legum uni faventium, alterum gravantium, ut ex præcedente num. perspicuum est, antecedenter tamen ex ipsa rerum natura datur etiam aliqua diversitas obligationis. Nam lumine naturæ clarum est, ad majorem diligentiam in custodienda re aliena teneri Commodatarium, quàm Depositarium. Unde fit, ut ea diligentia, quæ in Commodatario, quà tali esset diligentia communis, hoc est, communiter à Commodatariis adhiberi solita, in depositario esset diligentia major quàm communis, hoc est, major, quàm qualem solent depositarii communiter adhibere. Unde sequitur quòd culpa, quæ in Depositario esset tantùmmodo levis, in Commodatario dici posset culpa lata, formaliter & comparativè spectata. Juridicè tamen loquendo & materialiter ac absolutè spectata, vocatur culpa levis, & ideo quando Iura requirunt, ut majorem diligentiam adhibere teneatur, quàm qualem communiter adhibere solent,

lent, qui rem aliquam custodiendam habent, intelligi debent de majore diligentia materialiter & absolutè spectata. In exemplo. Depositarius, quia non tenetur, nisi ad cavendam culpam latam, ideo etiamsi januam non claudat, & sic committat culpam levem, ad nihil tenetur. At verò Commodatarius tenetur etiam cavere culpam levem, imò quandoque levissimam, & ideo si non claudat januam, imò si non tentet, an sera sit obducta, dicitur teneri de culpa levi, & levissima absolutè & Iuridicè loquendo, licèt respectivè & Theologicè loquendo posset dici commisisse culpam latam, hoc est, omisisse illam diligentiam, quam Commodatarii communiter adhibere solent. Sed Juristarum loquendi modus est observandus, posterior enim est perplexus, & à communi hominum ingenio remotus.

249. Præmittendum 4. Quando quis ex constitutione legum ad certum genus culpæ cavendum obligatur ex contractu, tunc nisi expressè aliter conventum fuerit, obligatur etiam in conscientia ad illam culpam vitandam, & quidem ex Iustitia, & si materia est gravis, sub culpa lethali. Ratio est, quia leges talem gravant in favorem alterius: ergo iste alter acquirit Ius. His animadversis

Quæstio est, utrum si contrahens ex inconsiderantia, vel indeliberatione excusante à peccato mortali, talem culpam Juridicam committat, nihilominus ante sententiam Iudicis teneatur illam culpam præstare, hoc est, compensare damnum inde secutum.

250. DICO non teneri. Ità ex mente plurium Lugo & Esparza. Probatur ex dictis. Nam licèt homo posset se etiam ad casum fortuitum, & involuntarium obligare, non tamen censetur se ità obligare, nisi hoc exprimat, vel praxis ostendat, hominem velle se ità obligare. Leges verò, quæ in contrarium afferri possent, intelligendæ sunt, quòd tribuant Ius exigendi talem diligentiam, quam proinde alter sine gravi culpa Theologica, & inde resultante obligatione restituendi non possit scienter omittere. Item intelligendæ sunt, quòd in judicio dent & concedant actionem, vi cujus Iudex ex præsumptione culpæ Theologicæ condemnabit alterum.

Quòd autem sententia Iudicis, & leges ipsæ in præsumptione culpæ Theologicæ fundentur, & quòd homines communiter nolint se aliter obligare, nisi in casum, quo diligentiam à legibus requisitam scienter & deliberatè prætermiserint, Card. de Lugo inde colligit, quia si talis culpa committeretur à Commodatario ex repentina mania, & hæc esset Judici manifesta, nemo propter culpam civilem materialiter commissam, v.g. nimiam agitationem equi, condemnaret: atqui etiã in hoc casu teneretur & condemnandus esset, si contrahens seipsum voluisset ad casum fortuitum obligare, aut leges vellent casum fortuitum præstari: ergo signum est, quòd non obligent, nisi quando culpa Theologica intervenit: absque hac enim homo in tali casu censendus est, acsi dormiens operatus esset.

CAPVT III.

DE INIVRIIS IN BONIS FORTVNÆ, ET RESTITVTIONE CORRESPONDENTE.

IN superioribus actum est generalissimè de injuriis, quia verò pro diversitate bonorum diversa quoque sunt injuriarum genera, nempe 1. quæ fiunt in bonis fortunæ, 2. quæ fiunt in bonis famæ & honoris. 3. quæ fiunt in bonis corporis. 4. quæ fiunt in bonis animæ: ideo nunc de his speciatim agendum erit. Incipiemus à bonis fortunæ, in quibus injuriæ sunt frequentiores per Furtum & Rapinam, quibus aliquis vult cum alterius jactura locupletari, seu lucrari.

CONTROVERSIA I.

Quid sit furtum, quid Rapina, & quanam inde Iuris Remedia competant.

SVMMARIVM.

Definitio Furti ut distincti à Rapina. 251.
Definitio Justinianea explicatur. 253. *& seqq.*
Sicut non omnis ille fur est, contra quem datur actio furti, ità potest aliquis fur esse, quin contra illum detur actio furti. 257.
Quid intersit, esse furtum, si non detur actio furti. 258.

255. Dicitur 4. *Vel Rei, vel Vsûs, vel Possessionis*. Nam quandoque fur non intendit lucrum facere ipsius rei, sed solius usûs, ut cùm Depositarius utitur deposito invito Domino: quandoque vult lucrum facere solius possessionis, seu detentionis, ut cùm debitor aufert creditori pignus.

256. Objici posset, quòd tradita Justiniani definitio conveniat multis, quæ non sunt Iuridicè furtum: ergo non est bona. Antecedens probatur. Illa actio non est Iuridicè furtum, quæ non parit actionem furti: sed dantur actiones, quæ non pariunt actionem furti, & tamen illis convenit definitio, v. g. quando conjunx aliquid marito aufert, non conceditur illi actio furti, sed tantùm actio rerum amotarum *l.* 1. *&* 2. *ff. de act. rerum amotarum. Rerum amotarum judicium singulare introductum est adversus eam, quæ uxor fuit, &c. Nam in honorem matrimonii turpis actio* (i. e. furti) *adversus uxorem negatur.* Item *l.* 2. *C. Rerum amotar.* ibi. *Constante enim matrimonio neutri eorum neque pœnalis neque famosa actio competit, sed de damno in factum datur actio.* Item cùm liberi vel servi aliquid auferunt parenti, vel Domino, non datur patri, aut Domino actio furti, quamvis furtum commissum sit. L. 16. ff. h. t. *Ne cum filiofam. pater furti agere possit, non juris constitutio, sed natura rei impedimento est, quòd non magìs cum his, quos in potestate habemus, quàm nobiscum ipsi agere possimus.* & l. 17. *Servi & filii nostri furtum quidem nobis faciunt, ipsi autem furti non tenentur.* Et §. 12. Instit. h. t. mox referenda.

257. Huic argumento cedit Card. de Lugo n. 3. & fatetur, Juristas multa excludere à ratione furti, quæ tamen theologicè sunt furtum. Verùm res aliter se habet. Nam jura docent, sæpè dari furtum, quin tamen contra talem personam concedatur actio furti, ex certa nimirum causa: v. g. in casu uxoris, negatur actio furti marito, ut parcatur conjugum honori, in casu furti à liberis vel servis commissi, idèo negatur actio furti, quia tales non possunt in judicio cum talibus contendere. Ad argumentum ergo facilis est responsio, negando majorem: sicut enim non omnis ille fur est, nec theologicè nec Juridicè, contra quem jura dant actionem furti, ità econtra potest aliquis fur esse, quin contra illum detur actio furti. Hæc omnia habentur tum lege 17. paulò antè cit. tum §. 12. *Instit. de obl: quæ ex del. nas. Hi qui in parentum vel dominorum potestate sunt, si rem eis subripiunt, NB. furtum quidem faciunt, & res in furtivam causam cadit* (nempe ut usucapi non possit) *sed furti actio non nascitur, quia nec ex ulla alia causa potest inter eos actio nasci. Si verò ope & consilio alterius furtum factum fuerit, NB. quia utique furtum committitur, convenienter ille furti tenetur.* Ecce! contra consiliarium datur actio furti, quando furtum ex ejus consilio est secutum, & tamen consilium ipsius formaliter non est furtum.

258. Quodsi quæras, quid intersit, quòd actio sit furtum, si non datur actio furti, cùm sit quæstio de vocabulo? ℞. Plurimùm interesse. Si enim furtum est, res ablata cadit in causam furtivam, adeóque usucapi non potest, nisi priùs ad dominum suum redierit, ut habetur in tex. cit. Hinc si quis aliquid auferret ex hæreditate jacente, non committeret furtum, sed crimen expilatæ hæreditatis, quia non intervertit ullius detentionem seu possessionem, ut etiam notavit Molina, & ex Juristis Suthold, dissert. 16. n. 18.

259. Dividitur Furtum primò in Nocturnum & Diurnum. Fur diurnus dicitur, qui furatur in tanta solis luce, ut agnosci possit. Nocturnus verò, qui non tali tempore. Fur nocturnus occidi impunè poterat ex lege XII. tabularum, si adhibito clamore non potuit aliter absterreri: diurnus non item, nisi, simili clamore præmisso, telo se defenderit, aut quocunq; armorum offensivorum genere. *l. itaque §. lex XII. ff. ad leg. Aquil. Lex duodecim tab. furem noctu deprehensum occidere permittit, ut tamen idipsum cum clamore testificetur. Interdiu autem deprehensum ita permittit occidere, si is se telo defendat, ut tamen æquè cum clamore testificetur.* Sed lege 9. *ff. ad l. Corn. de sicariis.* plus videtur requiri. *Furem nocturnum si quis occiderit, ità demum impunè feret, si parcere ei sine periculo suo non potuit.* Rationem discriminis eleganter expressit S. Augustinus alludens ad has ipsas leges super Exod. 22. *si perfodiens inventus fuerit fur, & percussus mortuus fuerit, non est illi homicidium imponendum. Si autem oriatur sol super eum, reus erit.. intelligitur ergo non pertinere ad eum homicidium, si fur nocturnus occidatur: si autem diurnus fuerit ad homicidium pertinere. Hoc est enim quod ait, si oriatur super eum sol &c. quia poterat NB. discernere quòd ad furandum non ad occidendum venisset, & ideo non debet occidi. Hoc etiam in antiquis legibus sæcularibus* (*quibus ista est antiquior*) *invenitur, impunè scilicet occidi nocturnum furem quoquo modo, diurnum verò, si se telo defenderit. Jam enim plus est, quàm fur.*

260. Dividitur 2. In Furtum manifestum, & non manifestum. (Jura vocant *Nec manifestum*) Manifestum non inde dicitur, quòd spectante illo fiat cui fit furtum, hoc enim naturæ furti repugnat, sed illud dicitur manifestum, quando fur deprehenditur cum re furtiva (non tamen ex abscondito) eodem die quo furatus est, antequam rem eò detulerit, quò deferre, & eo die cum furto manere destinaverat: non sufficit tamen vidisse, sed debet accedere insecutio, vel saltèm inclamatio. *l.* 2. *& seqq. ff. de furtis. Fur est manifestus, qui deprehenditur cum furto, & parvi refert à quo deprehendatur. Sed utrum ità demum fur sit manifestus si in faciendo deprehendatur, an verò & si alicubi fuerit deprehensus? & magìs est, &* si non

si non ibi deprehendatur ubi furtum fecit, attamen esse furem manifestum, si cum re furtiva fuerit adprehensus priùs, quàm eo loci rem pertulerit, quò destinaverat: & eo die manere cum furto. Hinc jam furtum nec manifestum dignoscitur. Pœna autem diversa utrique statuta est, de qua infrà.

261. Quædam furta ob suam specialem perniciem, quam afferunt Reipublicæ, specialibus nominibus in Jure designantur, & pœnis severioribus coërcentur. Hujusmodi est primò Crimen Peculatûs, quando quis furatur rem ad fiscum aut bona Principis pertinentem, cui affine est Crimen legis Iuliæ de Residuis, quando nimirum quis bona communitati distribuenda ita convertit in commodum suum, ut licèt deinde restituat, communitatem tamen privet emolumento inde alioquin percipiendo. de his est titulus Digest: *ad leg. Jul. Peculatûs.* Secunda species est Crimen Abigeatûs. Abigei seu abactores sunt, qui animalia quæ pascuntur, abigunt: quænam autem ad hoc crimen incurrendum requirantur, habentur toto titulo Digest. de Abigeis. Tertia species est Crimen Plagii, quod committitur auferendo liberos homines vel servos, & in servitutem suam redigendo, de quo crimine est titulus Digestorum & Codicis ad legem Flaviam de Plagiariis.

262. Ut autem harum specierum exempla afferamus: crimen Peculatûs committit etiam ille, qui monetam Principis, cujus cudendæ curam habet, corrumpit admixto deteriore metallo: item qui ex propria materia in suum emolumentum monetam cudit absque licentia. *l. sacrilegii §. penult. ff. ad leg. Juliam peculatûs. Qui, cùm in moneta publica operarentur, extrinsecùs sibi signant pecuniam formà publicà, vel signatam furantur, hi non videntur adulterinam monetam exercuisse, sed furtum publicæ monetæ fecisse, quod ad peculatûs crimen accedit.* Crimen legis Iuliæ de residuis committunt etiam illi, qui habentes pecuniam communitati distribuendam, obtrudunt invitis aliquid aliud v. g. frumentum, pecora &c. Crimen abigeatûs committit, qui de armento aut grege abigit aliquot capita simul, v. g. decem oves, aut 5. porcos, vel singula per plures vices: imò loquendo de magnis animalibus, ut equo, asino, bove, sufficit unum abegisse. non tamen hoc crimine teneretur, qui ovem aberrantem, aut equum solitarium repertum abigeret, benè tamen si equum ex stabulo abigeret. *l. ult. ff. de abigeis.* Plagii crimine non solùm tenentur, qui dolosè homines intercipiunt ac supprimunt, sed etiam qui scientes dolo malò liberum hominem invitum emunt, vendunt, celant, vinctum habent. ita plures leges Digest. & Codicis ad leg. Flaviam de Plag. Quæ quia ad nostrum propositum non faciunt, qui jus privatorum prosequimur, apud alios videri possunt. Et hæc de Furtis. nunc de rapina dicamus.

263. Rapina ex communi Interpretum non quamcunque vim (qualis etiam dicitur metus) sed violentam acceptionem simplici furto superaddit: quæ consistit in hoc, quòd impetu facto aliquid alteri eripitur, aut dare cogitur. Unde non placet, quod Molina, Lugo, & quidam alii docent, Rapinam esse, quando quis injusto metu cogitur aliquid dare, etiamsi non intercedat violentia. Nam licèt hoc, theologicè loquendo, eatenus verum sit, quòd injuriæ per metum & violentiam factæ non differant specie, sub Juridica tamen consideratione aliud dicendum est, sub hac enim specie differunt, quia diversas pariunt actiones. Unde Julius Pacius & alii distinguunt inter vim ablativam, & compulsivam, & ratione prioris competit actio *vi bonorum raptorum*, de qua est titulus 2. Inst. lib. 4. ratione posterioris competit actio : *Quod metûs causâ.*

264. Rapina est peccatum specie theologicâ etiam distinctum à simplici furto, quia ratione violentiæ infertur injuria non solùm rebus, sed etiam Personæ, unde qui Clerico vi aufert vestem, incurrit excommunicationem Canonis propter irreverentiam.

Rapina ordinariè quidem est manifesta, potest tamen esse non manifesta per accidens: ut si quis animo violenter rapiendi (nam sine hoc animo non esset rapina) ingrediatur domum, & inde aliquid auferat, sed quia per accidens factum est, ut nemo intus esset, deprehensus non est. *l. si quis uxori 52. §. ult. ff. h. t. Si quis ex domo, in qua nemo erat, rapuerit: actione de bonis raptis in quadruplum convenietur furti non manifesti, videlicet, si nemo eum deprehenderit tollentem.* Rapina vocatur Furtum improbum seu Qualificatum.

265. Actiones, quæ ratione furti conveniunt, variæ sunt. Primò quidem, si res adhuc exstet, aut dolo malo è possessione dimissa, datur Rei vindicatio, de qua dicemus acturi de Dominio. Secundò & magis specialiter datur Actio furti, quæ datur 1. cuivis, cujus ratione juris realis interest rem non esse surreptam: adeoq; primò datur domino, si ejus interfit, rem non perire. 2. creditori ratione pignoris furto ablati, etiamsi idoneum debitorem habeat, vel ipse debitor surripuerit. magis enim expedit pignori, quàm personæ incumbere. 3. datur fulloni, cui polienda vestimenta. 4. sartori cui sarcienda sublata sunt. ubi observandum est, in concursu debitoris & creditoris regulariter præferri creditorem, dando huic & non illi actionem, quia dominus seu debitor potest creditorem regulariter propter culpam convenire actione pignoratitiâ directâ: adeoque ipsius non admodum interest, rem esse furto sublatam: eodem modo in concursu sartoris, & illius qui vestem reficiendam dedit, præfertur sartor regulariter loquendo. 5. datur Commodatario. sed tamen Commodatori ob ejus liberalitatem specialiter indultum est, ut habeat

habeat electionem, utrum actione commodati convenire velit Commodatarium, an verò actione furti furem, ità tamen ut unâ electâ ad aliam non habeat regressum, si scivit furtum esse factum. Si ergo Commodator elegit actionem furti, tunc nec fur à Commodatario, nec Commodatarius à commodatore conveniri potest ampliùs, sed Commodatarius omnino liberatur: si verò actionem commodati elegit, tunc solus Commodatarius actionem furti habet. Si verò furti ignarus commodator commodati actionem instituit, potest postmodum, furto comperto, dimissâ actione Commodati, transire ad actionem furti, nisi à Commodatario ei jam satisfactum fuerit. quæ omnia habentur iisdem propè verbis in §. 13. *Instit. de Oblig. quæ ex delicto nascuntur.* 6. datur bonæ fidei possessori. 7. datur Depositario, sed tunc solùm, quando ratione culpæ præstandæ ipsius interest furtum non esse factum. 8. datur etiam hæredibus prædictorum. §. *non autem Instit. de perpetuis & temporal. actionib.* nec requiritur, ut lis priùs fuerit contestata cum fure, ut malè supponit Molina disp. *696.* n. 2. in medio, citans hunc ipsum locum, cùm tamen textus sit clarissimus. *Non autem omnes actiones quæ in aliquem aut ipso jure competant, aut à prætore dantur, & in hæredem æquè competunt aut dari solent. Est enim certissima Juris regula, ex maleficiis pœnales actiones in hæredem rei non competere, veluti furti, vi bonorum raptorum, injuriarum, damni injuriæ. NB. Sed hæredibus hujusmodi actiones competunt, nec denegantur, exceptâ injuriarum actione, & si qua alia similis inveniatur.* Et ità docent Interpretes in hunc textum.

266. Actio furti est merè pœnalis, hoc est pœnæ persecutoria, quæ pœna in furto manifesto est quadruplum rei ablatæ, & in furto nec manifesto duplum, nunquam computando rem ipsam ablatam (hæc enim condictione furtivâ vel rei vindicatione petitur, & simul cum actione furti potest intentari, quia actio merè pœnalis & actio rei persecutoria non se invicem perimunt) reique æstimatio refertur ad pretium ejus temporis quo res fuit pretiosior. Bredérodius tamen advertit, hodie Jure novissimo authenticorum & consuetudinario, abolitâ actione de pœna quadrupli, pro furto summam quinque aureorum Ungaricorum excedente, præsertim si aliquoties iteratum fuerit, pœnam laquei imponi. De quo Constitutio Caroli V. art. 160. cum seqq. tract. de Causis Criminalib. quæ tamen ad nostrum Institutum non pertinet, qui Justitiam Commutativam, & Jus Privatorum, non Vindicativam tractamus.

267. Actio furti non solùm datur adversus ipsum furem, sed etiam adversus illum, qui opem & consilium ad committendum furtum præstitit: item contra scienter suscipientes, & celantes res furtivas. Adversus hæredes furis non datur nisi de eo quod ad ipsos scientes & contrectantes ex furto pervenit, vel si lis cum principali fuerit contestata. §. 1. *Instit. de perpet. & temp. act.* ibi. *est enim certissima juris regula, ex maleficiis pœnales actiones in hæredem rei non competere, veluti furti, vi bonorum raptorum, injuriarum, damni injuriæ.* & infrà. *Pœnales autem actiones, si ab ipsis principalibus personis fuerint contestatæ, & hæredibus dantur, & contra hæredes transeunt. & l. un. C. ex delictis defuncti. l. 139. ff. de R. J.* & ratio juris est: quia per litis contestationem, quâ in Iudicio quasi contrahitur, obligatio per novationem quæ ex delicto erat, incipit esse quasi ex contractu. actiones autem ex contractu vel quasi contractu descendentes, sive personales sive reales, & hæredibus, & in hæredes dantur, ob hanc rationem, quòd hæres & defunctus una eademque persona censeantur, & in hæredem jura tam activa quàm passiva defuncti transeant. *l. hæredem 59. ff. de R. J. Hæredem ejusdem potestatis, jurisque esse, cujus fuit defunctus, constat.* Actio furti manifesti est prætoria; & quamvis actiones prætoriæ plerúmque solùm annales sint, hæc tamen furti manifesti actio perpetua est: *Inst. de perpet. & tempor. act. in princ.* ibi. *Furti quoque manifesti actio quamvis ex ipsius prætoris jurisdictione proficiscatur, tamen perpetuò datur: absurdum enim esse existimavit, anno eam terminari.*

268. Præter actionem furti pœnæ persecutoriam, datur insuper actio ipsius rei persecutoria, sed personalis adversus furem & hæredem ejus, vocatúrque Condictio furtiva, quâ petitur ut rem restituat, si exstet, vel æstimationem, si non exstet apud furem. §. *ult. Inst. de Ob. quæ ex del. nasc.* & hæc condictio datur etiam adversus hæredem, etiamsi nihil ex furto possideat: ibid. est enim rei debitæ, non pœnæ persecutoria. Et hoc quidem in foro conscientiæ certissimum est. Controversum autem est, quid inspecto Iure positivo & in foro externo judicandum sit. Negativam tenent Cuiacius. 7. *obser.* 37. & 13. *obser.* 37. Vultejus *ad* §. 14. *ff. de act.* qui putant, non teneri hæredem nisi in quantum ex furto ad eum pervenit. Affirmativa tamen, & quòd in solidum teneatur, est communior & verior sententia, quam præ cæteris accuratiùs tractat Hunnius Resol. *lib. 4. par. 6. q. 4.* Probatur *ex l. 9. ff. de cond. furtiva.* ibi. *In condictione furtiva non pro parte NB. quà pervenit, sed in solidum tenemur, dum soli hæredes sumus: pro parte autem hæres pro ea parte pro qua hæres est, tenetur.* Quòd autem lex loquatur de casu litis non contestatæ, patet ex eò, quia etiam actio furti competit adversus hæredem lite contestatâ. lex verò aliquid speciale tribuit conditioni furtivæ, eò quòd sit rei, non pœnæ, persecutoria. Unde responsiones adversariorum sunt divinatoriæ.

Objiciunt 1. Leg. 9. §. *fin. & l. 10. ff. de tutelæ & rat. distrah. act.* ubi dicitur. *Cæteræ actiones, præter tutelæ adversus tutorem competunt, etsi adhuc tutelam administrat, veluti furti, damni injuriæ,*

riæ, *condictio. Sed non dantur pupillo, dum tutor tutelam gerit, quamvis morte tutoris intereant: tamen pupillus cum hærede ejus actionem habet, quia sibi solvere debuit.* Respondetur, illa verba: *quamvis morte tutoris intereant*: Referenda esse ad actiones pœnales, *furti, & damni injuriæ*, non ad condictionem furtivam: alioquin nec daretur contra hæredes, etiam quando aliquid ad illos pervenit, quod omnium judicio falsum est.

Objiciunt 2. Leg. 3. §. 12. *ff. de peculio. Ex furtiva causa filio quidem familias condici posse constat, an verò in patrem, vel in Dominum de peculio danda est, quæritur, & est verius, in quantùm locupletior Dominus factus esset ex furto facto actionem de peculio dandam, quia iniquissimum esset ex furto facto Dominum locupletari impunè. Nam & circa rerum amotarum actionem filiæfam. nomine in id quod ad patrem pervenit, competit actio de peculio.* Consimiliter itaque hæres furis in id solum conveniet, quod ad eum pervenerit. Respondet Hunnius in hac lege nō tractari de condictione furtiva, quæ in patrem detur, quatenus saltèm ex delicto ad ipsum pervenisset, sed de actione de peculio, quæ ideo non datur in patrem in solidum in casu legis, quia & aliàs hæc actio ultra vires peculii dari non solet. Itaque negatur consequentia & paritas, quia pater (nisi sit hæres) non succedit in vitia filii & debita inde contracta, sicut hæres in debita defuncti.

Objiciunt 3. *l.* 3. §. *fin. ff. Rerum amotarum. Si filiafam. res amoverit, Mela & Fulcinius ajunt, de peculio dandam actionem, quia displicuit eam furti obligari, vel in ipsam ob res amotas dari actionem: sed si pater adjunctâ filiâ de dote agat, non aliter ei dandam actionem, quàm si filiam rerum amotarum judicio in solidum & cum satisfactione defendat. Sed mortuâ filiâ in patrem rerum amotarum actionem dari non oportere Proculus ait: nisi quatenus ex ea re locupletior sit.* Ergo nec condictio furtiva in solidum dabitur in hæredem, sed hactenus solùm quatenus locupletior factus est. Probatur paritas. Nam sicut hæres mulieris rerum amotarum actione, ità hæres furis condictione furtivâ tenetur. *l.* 6. §. 4. *ff. eod.* ℞. Negando suppositum, quòd hìc sermo sit de patre, ut hærede. Nam actio rerum amotarum datur in patrem tanquam patrem, & quidem non directa sed utilis tantummodo, quæ non datur in solidum in patrem sicut in hæredé.

Objiciunt 4. *Leg. fin. C. rerum amot. De rebus, quas divortii causâ quondam uxorem tuam abstulisse proponis, rerum amotarum actione contra successores ejus non in solidum, sed in quantum ad eos pervenit, uti debebis.* Duplex est ad hunc textum responsio. Prima, actionem rerum amotarum dari quidem contra hæredes, sed in honorem matrimonii non ultrà quàm ad hæredem pervenit. Sed hæc responsio mihi non placet. Nam honor matrimonii non debet relevare hæredem, quò minùs teneatur, ut alii hæredes, in solidum. Probabilior est responsio Ant. Fabri, in hac lege supponi, quòd res amotæ integrè pervenerint ad hæredes, qui cùm plures essent, dubitabatur an singuli possent in solidum conveniri, & hoc negatur, dicitúrque singulos conveniendos, in quantùm secundùm proportionem hæreditatis ex rebus amotis ad eos pervenit, quod est verissimū.

Objiciunt 5. Regulam Iuris, quæ habetur *l.* 16. *ff. quod metùs causâ*, quòd ex delictis defunctorum hæredes non teneantur actionibus rei persecutoriis, nisi in quantum ad eos pervenit. ℞. Ab hac Regula esse exceptam Condictionem furtivam in odium furum, arg. § 14. *I. de act.* ibi. *Planè odio furum, quo magis pluribus actionibus teneantur, effectum est, ut extra pœnam dupli, aut quadrupli rei recipiendæ nomine fures etiam hàc actione teneantur, si appareat eos dare opportere: quamvis sit adversus eos etiam hæc in rem actio, per quam rem suam quis esse petit.* Cæterùm, ut jam monui, in foro conscientiæ, quidquid debitorum ante Iudicis sententiam solvendorum contraxit defunctus, ad illud in solidum tenetur hæres, nisi beneficio Inventarii juvetur, ut suo loco dicetur.

269. Ex Rapina datur actio *vi bonorum raptorum*, prætoria, partim rei partim pœnæ persecutoria, quâ à raptore quadruplum (cui res ipsa, seu æstimatio inest) intra annum exigitur, post annum simplum. *pr. Inst. de vi bon. rapt.* ibi. *Propriam actionem ejus delicti nomine prætor introduxit, quæ appellatur:* vi bonorum raptorum. *& est intra annum quadrupli; post annum simpli.* Transit hæc actio ad hæredes, etiam lite necdum contestatâ, sed non contra hæredes raptoris (contra quos sufficit condictio furtiva in simplum, etiámsi aliquid ad illos pervenerit, ut specialiter statuit prætor *in l.* 2. §. *fin. ff. de vi bon. rapt. Adversus hæredes autem vel cæteros successores non dabitur, &c. & ego puto ideo prætorem non esse pollicitum in hæredes in id quod ad eos pervenit, quia putavit sufficere condictionem.* nisi lis priùs fuerit contestata cum raptore. §. *non autem cit. Inst. de perpet. & temp. act.*

270. Circa hactenus dicta Quæri potest primò, an quando debitor furatur Creditori pignus, cadat pignus in causam furtivam, ità ut usucapi non possit. Respond. negativè. textus apertus *in l.* 4. §. 21. *ff. de Usurpat. & usucap. Si rem pignori datam debitor surripuerit, & vendiderit, usucapi eam posse Cassius scribit:* & ratio mox subjungitur: *quia in potestate domini videtur pervenisse qui pignori dederit; quamvis cum eo furti agi possit.* Ex quibus verbis colligitur ratio discriminis, cur aliæ res furtivæ usucapi non possint; ut habetur §. *furtivæ Inst. de Usucap.* & in proprio loco dicetur. nam hoc solùm verum est, quamdiu res furtiva non redierit ad suum dominum: atqui in casu quæstionis per ipsum furtum redit ad suum dominum. Unde non est opus, ad hæc conciliandâ, subtilitate Helfrico Ulrici Hunnij, quòd in casu nostro furtum propriè non fiat ipsius rei, sed juris quod creditor in pignore habet: nam præter-

præterquam quòd hoc sit contra claros Iuris textus §. *aliquando autem Inst. de Ob: quæ ex del:* ubi dicitur, *ipsius rei furtum fieri.* est etiam ex se absurdum, quòd quis rem incorporalem, hoc est, jus furetur, cùm illud semper maneat penes creditorem, etiam ablato pignore. impedire autem effectum illius juris, nempe possessionem & detentionem, non est furari jus, alioquin omnis denique actus injustus furtum dici poterit.

271. QUÆRITUR 2. Utrum, si fur antequam à Iudice condemnetur ad pœnam dupli vel quadrupli, rem ablatam ultrò restituat, absolvendus sit, & liberetur à pœna. ℞. Negativè. *l. 65. ff. de furtis. Qui eà mente alienum quid contrectavit, ut lucrifaceret, tametsi mutato consilio id Domino postea reddidit, fur est: nemo enim tali peccato pœnitentiâ suâ nocens esse desiit.* Nec refert, quòd in aliis quibusdam delictis liberetur pœnitentiâ: id enim est speciale privilegium, ad alia delicta non extendendum. Idem de Rapina constitutum est in *L. penult. ff. de vi bonor. rapt. Non prodest ei, qui rapuit, ad evitandam pœnam, si ante judicium restituat rem, quam rapuit.*

272. QUÆRITUR 3. An in eo, qui rem alienam surripit, animus furandi præsumatur. Negat Treutlerus d. 30. th. 1. verùm cum distinctione respondendum videtur. Si quis alienam rem accipiat modo quodam licito, aut inter tales homines non insueto, ut solent opifices vicini quandoque ab officina alterius absentis instrumentum, vel etiam materiam accipere animo restituendi, tunc non præsumitur dolus, nisi persona aliunde jam suspecta esset: si verò accipiatur modo insueto, & illicito, tunc, nisi contrariâ fortiori præsumptione elidatur, præsumi potest, donec probet oppositum.

273. QUÆRITUR 4. An furtum committat, qui moroso debitori aufert, quantùm sibi debetur. Affirmant Georgius Obrechtus & Treutlerus. Sed respondendum est negativè. ratio est, quia non aufert animo lucrandi, sed se indemnem servandi. Quandonam autem licita sit hujusmodi occulta compensatio, infrà tractabitur. Nunc solùm duo notanda sunt. Primum, quòd hujusmodi compensatio non sit licita, quando per Iudicem debiti solutio obtineri potest, ut habetur *l. 13. ff. quòd metûs causâ. Quisquis igitur probatus mihi fuerit rem ullam debitoris, vel pecuniam debitam non ab ipso sibi sponte datam, sine ullo judice temerè possidere vel accepisse, isque sibi Ius in eam rem dixisse, jus crediti non habebit.* Secundum est, furi posse ab eo qui furtum passus est, rem furtivam propriâ authoritate auferri & recuperari. *L. 48. in princ. ff. de furtis. Qui vas argenteum perdiderat, eóque nomine furti egerit, &c. id is cujus erat, abstulit ei, qui subripuerat: dupli nihilominus* (fur) *condemnatus est.*

274. QUÆRITUR 5. An rem inventam detinens, si Dominum sciat, vel non debito modo investiget, sit civiliter fur habendus. ℞. Affirmativè *l. 43. §. 4. ff. eod. Qui alienum quid jacens lucri faciendi causâ sustulit, furti obstringitur, sive scit, cujus fuerit, sive ignoravit, nihil enim ad furtum minuendum facit, quod cujus sit, ignoret.*

275. QUÆRITUR 6. An detur actio furti contra eum, qui aliquid aufert animo furandi, quia putat Dominum esse invitum, cùm tamen Dominus non sit invitus, eò quòd illam rem habeat pro derelicta, &c. Affirmat Andreas Alciatus *lib. 1. disjunct. cap. 10.* afferens pro se legem 46. §. 8. nixus illis verbis: *& ait Pomponius furtum me facere*: sed negativa est vera: nam Pomponio statim contradicit Ulpianus (cujus est tota illa lex) sequentibus verbis. *Verum tamen est, ut, cùm ego velim eum uti, licèt ignoret, ne furti sit obligatus.* Hinc inferunt Interpretes: si falsus procurator solutionem alterius nomine accepit, non teneatur actione furti; si postmodum ille, cujus nomine exegit, aut accepit, exactionem & solutionem ratam habeat. *L. si vendidero. 80. §. 5. in fin. quod si pecunia fuit debita, ratum habente Titio, furti actio evanescit, quia debitor liberatur.*

276. QUÆRITUR. 7. Quare leges mitiùs puniant Rapinam, condemnando nimirum in quadruplum cui tamen insit simplum, cùm tamen Furtum manifestum puniatur condemnando in quadruplum cui simplum non insit, sed insuper Condictione furtivâ peti possit, adeoque actio furti sit merè pœnæ persecutoria, actio vi bonorum raptorum verò sit mixta, hoc est, rei & pœnæ persecutoria? Hunnius ingenuè fatetur, se rationem hujus planè nullam deprehendere, & eò pertinere quod dicitur, non omnium, quæ à veteribus constituta sunt, rationem dari posse. Sed immeritò hoc dixit, & non incongrua hujus rei ratio reddi potest. certum enim est, & usu comprobatum, taxationes pœnarum majorum vel minorum, non debere fieri præcisè per ordinem ad comparationem delictorum ad invicem; itá ut, quod in se & ex specie sua gravius est altero, hoc ipso semper in omnibus graviore pœnâ sit plectendum, sed attendi insuper debet propensio hominum major minórve ad unum præ alio; ex hac enim propensione non rarò fit, ut delictum minoris in se malitiæ, adeo tamen in aliqua Republica multiplicaretur, nisi graviùs prohiberetur, ut plus inde damni timendum esset, quàm ex delicto majoris quidem in se malitiæ, sed ad quod propensio hominum illius Reipublicæ longè minor est, ac proinde non sit necesse, ad homines sufficienter absterrendos majorem taxare pœnam, sicut est necesse ad delicta prioris generis. Sic videmus, in Academiis graviorem pœnam esse constitutam simplici fornicationi, quàm periculosæ digladiationi, & tamen hoc est delictum majus illo: nempe quia ad digladiationem non itá sunt propensi juvenes communiter, ut ad Venerem. Iam ad propositum nostrum. ad Rapi-

Q nam

nam non sunt ità propensi vulgares homines, ut ad furtum, ut per se patet: quare ut à Rapina sufficienter absterrerentur, sufficere poterat pœna tripli ultra simplum: præsertim cùm ex aliis capitibus Rapina gravius puniatur: nam contra Raptorem habet Actor optionem, ut agat vel actione vi bonorum raptorum, vel actione furti, & quidem plerumq; manifesti, quia rapina plerumque est manifesta: deinde quia Rapina etiam non manifesta tripli pœnâ afficitur, non item furtum non manifestum: denique quia contra raptorem datur non solùm judicium privatum, sed etiam publicum ex lege Iulia de vi. Hæc omnia, inquam, simul sumpta sufficienter absterrebant homines à Rapina: à furto videri potuit saltèm in Iudicio privato major pœna constituenda, ob longè majorem propensionem hominum vulgarium.

277. Simili ferè modo potest ratio reddi illius quod habetur *l. in eum* 18. *C. de furtis & servo corrupto*, ubi dicitur, in eum qui ex naufragio vel incendio aliquid accepisse dicitur, intra annum utilem ei cui res abest, quadrupli, post annum in simplum actionem proditam esse. Nam tales insuper bonorum publicatione mulctantur. *auth. navigia. C. eod. & statim post leg. 18. posita.* Iure Canonico excommunicantur. *cap. excommunicationi. de Raptoribus.* ibi. *Illi etiam, qui Christianos naufragium patientes (quibus secundùm regulam fidei auxilio esse tenentur) damnatâ cupiditate spoliant rebus suis, nisi ablata reddiderint, excommunicationi se noverint subjacere.* Estque latæ sententiæ, ut ponitur in Rubr.

278. QUÆRITUR 8. An ille præsumatur fur, in cujus domo res furtiva reperitur? Respondet Antonius Perez n. 11. non præsumi, nisi aut sit homo improbus, aut clàm, aut vili pretio, aut sæpiùs à fure emerit, his enim casibus adversus eum præsumptio est, nisi aut furem ostendat, aut auctorem suum à quo emerit: alioquin si à transeunte, aut ignoto se emisse dicat, non evitabit suspicionem alienam à bono viro. *L. 5. C. h. tit. Civile est, quod à te adversarius tuus exigit, ut rei, quam apud te fuisse fateris, exhibeas venditorem. Nam à transeunte & ignoto te emisse dicere non convenit volenti evitare alienam bono viro suspicionem.*

279. QUÆRITUR 9. Quid juris quoad actionem furti, si plures simul furtum fecerint, an singuli quoad pœnam conveniri possint, ità ut uno solvente non propterea cæteri liberentur? Aliqui ut Hotomannus, VVesenbecius & Treutlerus, nescio quâ subtilitate distinguunt inter totum continuum, & totum disjunctum, seu constans partibus disjunctis, seu disjungibilibus. ex. gr. si plures surripuerint saccum plenum pecuniæ, volunt, singulos teneri pro rata tantùm, si verò sustulerint trabem, tignum, vel columnam, volunt singulos teneri in solidum, & hoc quidem posterius habetur clarè in *L. 21. §. 9. ff. h. tit. Si duo pluresve unum tignum furati sunt, quod singuli tollere non potuerint, dicendum est, omnes eos furti in solidum teneri.* Quatenus autem hoc etiam isti AA. extendunt ad pœnam suspendii, ità ut si plures simul aliquid hujusmodi (quod unus solus non potuisset auferre) furati fuerint, quod quinque solidos valeat, omnes sint suspendendi vigore Const. Frider. hæc inquam extensio videtur intolerabilis, & meritò à Bacchovio *in Notis ad Treutleri vol. 2. d. 30. th. 3. litt. h.* iniqua ac rationi contraria judicatur, de quo tamen viderint alii. Ad quæstionem alii sine distinctione respondent, singulos in solidum conveniri posse, ob hanc rationem, quia quot sunt delinquentium personæ, tot & delicta sunt à singulis luenda, & est lex aperta 1. *C. de Condict. furtiva*, exemplificans in furto pecuniæ, Summarium sic habet. *Plures eandem rem furto subtrahentes in solidum obligantur, & solutio unius non liberat alium à pœna furti, sed liberat à condictione furtiva.* Nempe quia hæc non pœnæ, sed rei est persecutoria. Res autem ipsa bis solvi non debet. Habet autem actor electionem, quemnam ex furibus convenire velit, ut notat glossa.

280. QUÆRITUR 10. An in hac materia impuberes perinde ut alii obligentur, & conveniri possint. ℞. Si sit pubertati proximus, actione furti tenetur, non item si sit proximus infantiæ. §. 18. *Instit. h. t. In summa sciendum est, quæsitum esse, an impubes rem alienam amovendo furtum faciat? & placuit, quia furtum ex affectu furandi consistit, ità demum obligari eo crimine impuberem, si proximus pubertati sit.* Quinam autem censendus sit pubertati proximus, an qui 10. annum cum dimidio compleverit, an potiùs hoc arbitrio Iudicis committendum, videatur Menochius *lib. 2. de arbit. Iudic. cas. 57. n. 44. & seqq.* Farinacius *p. 3. q. 92. n. 5.* Harpprecht *in tit. de auctor. tut. n. 18. & seqq.* Apud eundem Farinacium videri potest, quibus pœnis afficiendi sint, qui furibus opem præstant, excubias agunt, hospitio recipiunt, de furto participant, consilium dant.

281. QUÆRITUR 11. Si res vendita, sed necdum tradita, (periculum verò sit penes emptorem) furto auferatur, cuinam competat actio, venditori ne an emptori. ℞. Actionem directam competere venditori, utpote penes quem adhuc est dominium rei venditæ; habet tamen venditor optionem, utrum ipse agere velit, vel actiones cedere emptori. *L. eum qui in princ. 14. ff. de furt. Eum qui emit, si non tradita est ei res, furti actionem non habere, sed adhuc venditoris esse hanc actionem Celsus scripsit. Mandare eum planè oportebit emptori furti actionem, & condictionem,*

ctionem, & vindicationem: & si quid ex his actionibus fuerit consecutus, id præstare eum emptori oportebit.

282. QUÆRITUR 12. Usufructu in re mobili constituto, si ea auferatur, cuinam competit actio? Respondet lex *inter omnes 46. Si servus fructuarius* (idem est de aliis) *subreptus est, uterque, & qui fruebatur, & Dominus actionem furti habet: dividetur igitur actio inter Dominum, & Fructuarium: Fructuarius aget de fructibus, vel quanti interfuit ejus, furtum factum non esse, ejus dupli* (si verò furtum manifestum, quadrupli, ut §. seq.) *Proprietarius verò aget, quod interfuit ejus proprietatem non esse subtractam.*

De pœnis, quibus Fures affici solent, nihil addo, quia ut bene monet Julius Clarus *v. Furtum.* pendet totum ferè ex consuetudine & statutis provincialibus. Jus Bavaricum *Tit. Processi. Crimin. art. 5. & 6.* præscribit Iudicibus, quas circumstantias attendere debeant, tam furti, quàm furis. Deinde ar. 7. statuit pœnas furti Sacrilegi, declarando, quousque sequatur, vel non sequatur *Carolinæ Const. art. 171. & sequentes.* Denique *Erklehrung der Landsfreyheit* p. 4. art. 7. & 8. habetur, quòd non tantùm quis rem sibi furto ablatam actione juris persequi possit, sed etiam quòd eam à fure si ipsum in facto manifesto deprehendat, aut fur rem furtivam adhuc penes se habeat, auctoritate propriâ eximere; vel si fur interea capiatur, & res furtiva in Iudicio detineatur, eam 72. nummis Monacensibus Iudicio numerandis redimere queat.

CONTROVERSIA II.

Quænam Quantitas damni requiratur, & sufficiat ad peccatum mortale, & unde desumenda gravitas materiæ.

SUMMARIUM.

Peccatum Injuriæ est ex genere suo mortale. 284.
Datur tamen parvitas materiæ. 285.
Regula generalis cognoscendi materiam gravem, non rectè statuitur in summa pecuniaria. 286.
Impiè desumitur ex §. Gallinarum Instit. de Rer. divis. 287.
Non rectè etiam declaratur per Tò esse damnum notabile. 288.
Regula Cardinalis de Lugo. 289.
Defenditur contra aliorum argumenta. 292.
Probabilius est ex natura rei eadem Quantitas gravis respectu omnis generis hominum. 299.
Non placent probationes Patris Martini Esparza. 300.
Melius probatur ex eo, quòd Lugo non procedat consequenter. 303.
Statum paupertatis, & statum opulentiæ, non intendit natura, sed fiunt præter ejus intentionem. 304.
Etiamsi demus, Regum statum esse à natura intentum, eorum tamen opulentia prout à natura intenditur, est potiùs materialis, quàm formalis. 305.
Alia probatio Conclusionis ex eo, quòd pecunia æstimetur etiam ut apta sublevare indigentiam alienam. 307.
Ex contraria sententia multa inconvenientia sequuntur. 308.
Potest aliqua res dici parva ex duplici capite, & consideratione, absolutè & comparativè. 310.
Præsumptio sæpè obtinet, aliam esse quantitatem gravem respectu divitum. 312.
Regula P. Martini Esparza, de Quantitate gravi. 315.
Ex eo, quòd aliqua certa damnificatio sit dissolutiva amicitiæ inter homines, non rectè infertur esse dissolutivam inter Deum. 317.
Non recurrunt homines ad vim dissolutivam amicitiæ, quando examinant, an damnum sit grave. 318.
Vis dissolvendi amicitiam, quæ inest furto, includit hoc quod est esse injustam. 319.
Gravitas damni est explicanda per effectum physicum experimentalem. 320.
Effectus à quo homines solent damnum vocare grave, & notabile, est animi dolor moraliter inimpedibilis imperio voluntatis. 322.
Quomodo possit Regibus & Opulentis regula applicari. 325.
Practica determinatio quorundam ad certam summam pecuniæ, non est universalis. 327.
Meliùs desumitur ex pretio laboris diurni. 328. 329.

283. Tractari solet hæc quæstio hoc loco, quamvis enim in quocunque genere bonorum locum habeat, in quibus damnificatio admittit parvitatem excusantem à peccato mortali, frequentiùs tamen damna inferuntur in bonis fortunæ; & regula de his tradenda facilè poterit ad alia bonorum genera applicari. Est autem quæstio speculativè difficilis & intricata, quæ tamen in praxi, ob sententiarum probabilitatem multùm facilitatur.

§. I.

Certiora præmittuntur.

284. Certum est 1. Peccatum furti, seu injuriæ, esse ex genere suo peccatum mortale, hoc est, nullâ aliâ specie peccati accedente esse mortale, nisi vel inconsiderantia, vel parvitas materiæ excuset. Dari autem parvitatem materiæ in hac specie peccati, indubitatum est. Quis enim sibi persuadeat, æternam pœnam ex natura rei mereri, qui alteri non indigenti pomum vile furatur, si nullum aliud damnum per accidens inde sequatur, aut lucrum impediatur, prout contingeret, si quis futori non nisi unicam subulam habenti, eam auferret, sine quâ non

potest lucrari, quod cum illa lucraturus fuisset: tunc enim etsi subula secundùm se sit levis res, juncta tamen cum damno subsecuto est quid grave.

285. Certum est 2. Posse assignari aliquam materiam, quæ omnium judicio est gravis, v. g. 200. aureos, & aliam quæ sit levis, v. g. unum obolum. Difficultas est, quænam sint utriusque confinia, quænam sit illa quantitas, quæ ità sit lethalis, ut vel minimo dempto non sit ampliùs lethalis, & econtra, quænam sit ità levis, ut vel minimo addito sit lethalis: utrámque reipsâ dari dubium non est, eámque Deus utique notificare posset. Nobis autem ità ignota est, ut moraliter sit impossibile eam demonstrare. Et etiamsi casu contingeret, ut aliquis Doctor eam tangeret, ad praxin tamen perinde esset, ac si eam non tetigisset, ob aliorum aliter sentientium parem auctoritatem.

Et quidem hæc ignorantia non obest humano generi; sed, si benè consideretur, prodest. Nam in dubio, utrum materia sit gravis vel levis, tenetur quis sub mortali abstinere, vnde fit, ut multa furta prætermittantur, quæ committerentur, si adesset scientia: sæpè enim non erit materia gravis, à qua tamen abstinebunt, qui dubitant, an sit gravis, eò quòd horreant peccatum mortale, non autem veniale. Quòd autem aliqui DD. sint in hoc puncto valde laxi, illi sunt admodum pauci, & vel eorum opinio non est probabilis, vel ejus probabilitas est paucis nota, & ideo parùm obest.

286. Certum est 3. Regulam generalem ad cognoscendam quantitatem furti sub mortali prohibitam, non rectè statui in aliqua certa summa pecuniaria. Nam, ut taceam, quantitatem mortaliter gravem fore assignandam, etiamsi usus monetæ nunquam introductus esset, & etiam illos, qui valorem monetæ ignorant, agnoscere tamen, se graviter lædere auferendo equum, v.g. adeoque in confuso agnoscere gravem materiam; ut hæc inquam, dissimulem, quis nescit, pecuniæ valorem esse mutabilem, non autem regulam gravis quantitatis formaliter loquendo, quia in lege naturæ fundatur? Præterea, in uno loco, vel tempore est abundantia pecuniæ, & ideo pretium illius est vile respectivè, & in alio loco est magna penuria pecuniæ, & ideo pretium est majus, hoc est, quando hoc loco, vel tempore possum me per annum sustentare triginta aureis, in alio loco opus haberem sexaginta aureis. Ergo non potest pro omni loco & tempore designari eadem summa pecuniæ. Verum quidem est, à Theologis utiliter pro certis locis, aut provinciis taxari certam summam pecuniæ, v. g. pro quibusdam Hispaniæ partibus duos Regales, seu Julios, seu 20. crucigeros, pro nostris partibus, triginta, seu medium florenum, &c. Sed hæc taxa non est illa regula, quam in præsenti quærimus: quin potiùs est quædam applicatio regulæ alicuius generalis: unde quando ex istis taxatoribus quæritur, cur ità statuant, debent aliquam rationem generalem etiam aliis damnis applicabilem assignare, v. g. dicunt se ideo statuere medium florenum, quia censetur in istis partibus hìc & nunc damnum notabile, & quòd graviter toleratur, vel quid simile respondebunt.

287. Ex discursu facto constat, imperitè aliquos DD. ex §. *Gallinarum Inst. de rerum divisione*, hanc regulam concinnâsse: nempe unam gallinam esse quantitatem mortalem, eò quòd pro furto gallinæ detur actio furti: nam ut taceam, textum loqui in plurali, potest utique valor gallinæ crescere pro una anni parte usque ad 20. crucigeros, & in alia decrescere usque ad 4. Si legissent Juris Interpretes, vidissent, ex illo textu Iuristas probare, etiam pro modico furto dari actionem furti in detestationem delicti.

288. Certum est 4. Verissimam quidem esse doctrinam communem omnium Theologorum, illam quantitatem sufficere ad peccatum mortale, per quam infertur proximo damnum notabile & æstimabile. Hæc tamen doctrina sub istis terminis non est regula ultimata: & præterea erroribus obnoxia est. Ultimata ideò non est, quia non aufert, sed transfert difficultatem: restat enim explicandum, quantum debeat esse damnum, ut sit notabile & æstimabile, & unde hoc colligendum sit. Nam *esse grave*, & *esse æstimabile* sunt synonima: ergo dum *Gravitas* explicatur per *Notabilitatem*, aut *Æstimabilitatem*, explicatur idem formaliter diversis vocibus, ut gladius per ensem: ergo nihil explicatur, certè non scholasticè.

Deinde, ut dixi, exponit periculo errandi. Quomodo enim debet damnum esse notabile, & æstimabile? an æstimabile ab illo, qui aufert, an ab illo, cui aufertur? si primum? ergo si pauper aliquis furetur unum Iulium, dives autem decem ducatos, ille pauper graviùs peccabit, quàm dives, quia ratione suæ conditionis pluris æstimat Julium, quàm dives decem ducatos, hoc autem est falsum & ridiculum. Si secundùm? facilè plurimi officiales principum seipsos excusabunt à gravitate furti, etiam quando plures aureos furantur, quia judicabunt, illos non tanti æstimari à principe, quanti æstimatur à plebeio homine unus Iulius: ecce! ansam errorum, & abusuum hujus regulæ! nisi magis explicetur, prout explicanda est, quia vera est.

§. II.

Vtrum eadem sit Quantitas assignanda respectu omnis generis, & conditionis hominum.

289. PRima sententia est Card. de Lugo, qui sequentia docet. Primò docet, materiam læsionis sufficientem ad peccatum mortale non esse

esse eandem respectu omnium hominum, sed aliam respectu Regum & Magnatum opulentorum, aliam respectu aliorum divitum, aliam respectu artificum, aliam respectu pauperum, qui mendicatò vivunt: v.g. mortale erit, Regi aut Magnati opulento auferre unum aureum: diviti auferre sex vel septem argenteos; (per argentum intelligit Iulium, seu decem crucigeros) artifici quatuor, pauperi denique valorem victûs diurni, seu mercedem mediocrem, quæ tempore medio inter hyemem & æstatem datur fossori. In eandem sententiam ferè concedunt Bonacina, Reginaldus, Joan. Medina, Petrus Navarra. Verùm, quia hi authores, ut fatetur Lugo, non afferunt ullam rationem hujus diversæ taxationis, ideo non satis constat, utrum voluerint dicere, hanc regulam esse ex natura rei constitutam, ità ut Rex non posset esse rationabiliter graviter invitus quoad minorem summam, vel an tantùm locuti sint de præsumptione, quòd defacto non sint graviter inviti, quamvis esse possent, ut aliqui Authores secundæ sententiæ postea referendæ admittunt.

290. Docet Lugo secundo, in taxanda quantitate, seu regula constituenda, non esse præcisè attendendum ad illud damnum, quod hîc & nunc hoc unicum furtum infert tali personæ; sic enim furati unum aut duos ducatos Regi aut opulentissimo mercatori, non esset peccatum mortale, quia Rex non patitur tam grave damnum, quàm si opifici auferas medium Iulium; sed esse attendendum ad damnum, quod consequenter seu consecutivè pateretur talis persona, si talis quantitas furti non esset sub mortali peccato prohibita. Regulam ergo hanc constituit, illam esse quantitatem respectivè gravem, quæ si non esset graviter prohibita, ob hanc ipsam non prohibitionem fieret, ut multi allicerentur ad similia furta multiplicanda, etiam præter intentionem multiplicandi, & sic gravissimum detrimentum pateretur tale genus personarum, quod tamen non patitur per se loquendo, si talis quantitas sit sub reatu æternæ vitæ amittendæ prohibita: hujusmodi ergo quantitatem vult Card. de Lugo esse respectu Regis unum aureum, non item florenum, quia non ita vehementer allicit, ut non sufficienter absterreat prohibitio sub veniali.

291. Secunda sententia docet, per se loquendo esse candem quantitatem assignandam respectu omnium. Ità Lessius, Barthol: Medina, Valentia, Rebellus, Layman, Sanchez apud Lugonem, quos secuti sunt Arriaga, de Pœnit. d. 51. s. 4. n. 25. Tannerus *q.* 8. *dub.* 6. *n.* 110. & *n.* 120. *in fine*. Esparza.

Ego aliquando secutus sum priorem sententiam, quia videram argumenta ab aliis objecta posse dissolvi. Nunc autem re diu consideratâ probabiliorem judico secundam sententiam speculativè rem examinando; non nego tamen priorem esse securam. Referam imprimis argumenta quibus primam Sententiam alii impugnârunt. Contra Lugonem ergo

292. Objiciebatur 1. Ex doctrina & Regula Lugonis sequitur, furtum unius aurei non esse intrinsecè grave, sed tantùm extrinsecè, nempe ex damno secuturo per alia furta, quæ fierent, si aureus non graviter prohiberetur: consequens est contra communem sensum: ergo &c. Hoc tamen argumentum habet contra se instantiam in Mendacio & pollutione voluntaria, ut ex Thoma Sanchez ostendit Lugo, & ego tradidi in secundo lib: de actib. hum. Mendacium enim est intrinsecè malum, & prohibetur universaliter absque ulla exceptione: quia quamvis unum mendacium, quod hîc & nunc necessarium esset ad salvandam vitam unius hominis, vel integræ Reipublicæ incolumitatem, non afferret notabile nocumentum humanæ naturæ & vitæ politicæ, afferret tamen nocumentum gravissimum, si vel in uno casu liceret, & ne quidem venialiter esset prohibitum, ob secuturum abusum & multiplicationem, ut loco citato ostendi. Idem cum proportione dicendum est de pollutione. Respondetur itaque ad argumentum negando sequelam, nam furto unius aurei hoc verè & physicè est intrinsecum, ut spectatâ propensione hominum ad pecunias, si aureus non graviter prohiberetur, vehementer inclinaret ad tale furtum, & frequentissimè obtineret consensum, & hæc vis intrinseca est illa malitia objectiva propter quam graviter prohibetur.

293. Objiciebatur 2. Ergo etiam modica quantitas, v.g. unius Iulii, deberet esse graviter prohibita, quia de illa etiam verificatur regula Lugonis, nempe si non graviter prohiberetur, tunc ob frequentiam huiusmodi furtorum inferretur alteri grave damnum. ℞. Negando suppositum, nempe quòd ità invitet, ut nisi graviter prohiberetur, inde gravissimum damnum etiam divitibus inferretur. Certè omnibus fatendum est, unum teruntium non esse tam allectivum, ut consecutivè grave damnum divitibus inferret, cùm defacto nemo sibi timeat à tali damno, tametsi sciat, furtum unius teruntii esse tantùm venialiter prohibitum: ascendant ergo jam adversarii, & determinent denique aliquam quantitatem, quam sufficit prohiberi venialiter, majorem verò necesse sit prohiberi graviter, cùm omnes fateri debeamus, esse assignabilem aliquam quantitatem, quæ nisi graviter prohiberetur, inferret consecutivè etiam Regi grave damnum: hujusmodi quantitatem existimat Lugo esse aureum, non item infrà. Quamdiu ergo ab adversariis non probatur, hoc ipsum convenire etiam duobus aut tribus Iuliis, tam respectu Regis, quàm respectu opificis, non impugnant sufficienter fundamentum Lugonis.

 294. Ob-

294. Objiciebatur 3. Lugo non videtur auferre, sed transferre difficultatem assignandi quantitatem mortalem. Restat enim assignanda regula cognoscendi, quantùm debeat esse illud damnum Regis, cuius consecutiva illatio sufficit, ut illa quantitas, ex qua consecutivè inferretur, debeat esse graviter prohibita. Responderi potest, hâc objectione solùm evinci, quòd doctrina Lugonis non sit completa & absoluta, non tamen convinci esse falsam. Fortasse diceret Lugo, illam quantitatem debere esse graviter prohibitam respectu Regis, quæ si non esset graviter prohibita respectu Regis, consecutivè inferret Regi tantum damnum, quantum solet Rex insumere in sustentanda sua aula, & mensa pro uno die: sicut respectu opificis solet dici grave damnum esse, si auferatur victus unius diei. Deinde diceret Lugo, sibi videri aureum esse talem quantitatem.

295. Objiciebatur 4. Ex Lugonis doctrina sequitur, quòd omissio prohibitionis (quæ est quædam nolitio divina) causare posset inconvenientia. Hoc autem est absurdum. Nam etiamsi Deus omittat aliquid prohibere, non propterea sequitur aliquod inconveniens, alioquin ipsa nolitio prohibendi esset inconveniens, adeoque chymerica. ℞. Argumentum habere easdem instantias, quas dedit Lugo suprà ad primum argumentum. Et nemo sanè potest negare, sæpè aliqua per leges tam naturales, quàm divinas prohiberi ideo, quia nisi prohiberentur, sequerentur gravia incommoda: ineptè tamen inde inferres, omissionem talis legis (supposito, quòd sit possibilis) fore inconvenientem, hoc est, indecentem. Sic docent plurimi, carnem suillam fuisse prohibitam Judæis; quia nisi prohibita fuisset, causasset incommoda lepræ & alia, quia ob suavitatem cibi valde ad illum alliciebantur: sic prohibebantur nuptiæ cum gentibus, ne ad Idololatriam perverterentur. ℞. 2. Lugonem non esse usum termino *Inconvenientiæ*, sed *Detrimenti*. Non est autem absurdum, aliquo divino actu causari posse detrimentum temporale inter homines.

296. Objiciebatur 5. Homines, quando furantur, non attendunt ad regulam Lugonis, quid scilicet damni sequeretur, si talis quantitas non esset graviter prohibita: & tamen attendunt ad aliquam regulam: ergo est alia regula assignabilis ad discernendam gravem injustitiam à levi. ℞. 1. Argumentum iterum retorquendo in mendacio. ℞. 2. Homines ad hujusmodi regulas attendere sub conceptu confuso, & sub prædicato aliquo convertibili cum illa regula: Sicut qui concipit patrem habere relationem ad filium, etiamsi non attendat ad regulas Philosophorum de relatione.

297. Objiciebatur 6. Etiamsi aureus esset tantùm leviter prohibitus, adhuc contingere posset, ut majus damnum Regi inferretur ab illis, qui furantur tantùm duos Julios pro una vice, & sine animo multiplicandi propter hujusmodi hominum frequentiam, quam ab illis, qui furarentur aureum, eò quòd fortassis essent paucissimi: ergo regula Lugonis non subsistit, alioquin pro tali casu deberet graviter prohiberi furtum duorum Iuliorum, & tantùm leviter furtum unius aurei. ℞. Distinguendo antecedens. Posset ità contingere physicè, aut metaphysicè rem considerando, transeat. Moraliter loquendo, negatur. Natura autem suis legibus cavere studet ea incommoda, quæ spectatâ hominum propensione sunt moraliter certò eventura: est autem moraliter certum, & evidenter probabilius, quòd si aureus tantùm leviter prohiberetur, ex hac licentia plus damni inferretur, quàm defacto inferatur ex eo, quòd duo Iulii sint tantùm leviter prohibiti. ℞. 2. Quodsi furari aureum esset tantùm leviter prohibitum, hæc indulgentia non tantùm multiplicaret furta unius aurei, sed multò magis furta duorum Iuliorum, utpote quæ tunc minùs essent prohibita, quia magis recedentia à quantitate gravi.

298. Objiciebatur 7. Leges humanæ, quæ versantur in materia justitiæ, ideò feruntur, & sunt honestæ, quia earum omissio pareret magna inconvenientia, aliàs gravamen legis & periculum peccandi occasione illarum legum esset iniquum: atqui eadem inconvenientia sequebantur, antequam eædem leges ferrentur, & tamen actiones, quæ ex vi istarum legum sunt peccaminosæ lethaliter, non erant peccaminosæ ante illas leges: ergo sequela magnorum inconvenientium non est ex se præcisè universalis regula injustitiæ gravis, aut levis. Adde ulteriùs: etiam positis legibus, quæ defacto dantur in materia Iustitiæ, sequi magna inconvenientia, & quidem nimis facilè apud multos: ergo quòd sequerentur, vel non sequerentur inconvenientia, sic vel aliter, non est bona regula. ℞. Negando paritatem inter leges humanas, & legem naturalem. Lex naturalis, vel non existit, vel est æterna: ergò si illa fertur ad impedienda mala, quæ fierent, si lex illa non esset, debet esse æterna, & illorum malorum sequela debet esse pro omni tempore summè probabilis, & moraliter indubitabilis. Econtra leges humanæ incipiunt in tempore; & licèt antecedenter ad talem legem per aliquod tempus exstiterit jam radix sufficiens ad ferendam talem legem, non expediebat tamen illas actiones prohiberi à natura, tum quia causa illa legis plerumque non est universalis, sed solùm pro certa provincia, aut Regno, tum quia sequela incommodorum non est pro omni tempore indubitabilis, sed primùm post longam experientiam innotescit, quæ experientia est penes Legislatorem, accuratiùs observantem omnia, quæ fiunt in suo territorio, non est autem penes privatos; & præterea expedit, privatos & subditos obligare lege ob probabilem illius

lius utilitatem, aut necessitatem, etiamsi fortassis à parte rei Legislator fallatur, quia non debet esse penes subditos judicare de valore legis, quando non est manifestè iniqua, sed debent subditi præsumere pro æquitate legis, alioquin omnia turbarentur in Republica.

Cæterùm hinc fit, quòd contra leges humanas possit per consuetudinem contrariam intra certum tempus præscribi, & per contrariam consuetudinem abrogari, & tunc deprehenditur, inconvenientia tanta non sequi, quanta timebantur quando lex ferebatur.

Ad id quod addebatur, adhuc lege non obstante gravia inconvenientia fieri, respondetur, ea non sequi tantâ morali certitudine sicut sequerentur, si non exstarent leges prohibentes, quia lex facit spem fore ut non sequantur, adeoque non per se, sed per accidens est, quòd sequantur. Et hæc sunt argumenta, quibus P. Esparza impugnat Lugonem, quæ tametsi me non moverent ad deserendam sententiam Lugonis,, sicut nec ejusdem auctoris argumenta, quibus suam sententiam probat, & quæ jamjam referam, nihilominus

299. DICO, mihi probabiliorem videri secundam sententiam, nempe quòd una eadémque quantitas ex natura rei sit sufficiens ad mortale pro quacunque hominum conditione seu genere assignato à Lugone, nisi per accidens fiat, ut minor quantitas sit læsio gravis.

300. P. Esparza probat Conclusionem primò. Si pro diversitate divitiarum essent taxatæ à natura diversæ quantitates ad committendum peccatum mortale, tunc commutatio secundùm se justa foret injusta, si dives cum non divite commutaret, quia quod transmitteretur in ditissimum, eo ipso redderetur vilius, ac proinde minùs æstimabile, utpote magìs expositum periculo amissionis, & econverso; unde ditio, dum vellet emere, deberet dare minus pretium, & qui non esset ità dives, deberet dare majus pretium. Hoc argumentum me non convincit. ℞. Negando sequelam, nam esto id quod transfertur in divitem à non divite, apud divitem minùs valeat, quàm apud minùs divitem: econtra tamen etiam quod dives transfert in non divitem, minùs valebat apud divitem quàm non divitem: unde per commutationem secundùm se æqualem servatur summa æqualitas etiam inter divitem & non divitem, quia post commutationem dives æquivalenter tantum habet quantum habebat ante commutationem, sicut etiam econtra non dives. Quod consideranti non potest non esse clarissimum, & evidentem habet instantiam, in casu, quo homo rerum suarum negligens faceret commutationem cum studiosissimo; nam propter prioris incuriam res ipsius minùs valent quàm valerent apud alium qui summam curam haberet, ut quidem P. Esparza supponit.

301. Probat P. Esparza 2. Quò quisque est ditior, eò est magìs expositus furto & rapinæ cæteris paribus, & spectatâ totâ collectione bonorum: ergo si simul esset minùs protectus per leges, quoad æqualem quantitatem, esset planè deterioris conditionis quàm minùs dives, nec esset uterque à natura æqualiter dilectus. Hoc etiam argumentum nimiùm probat. Ex antecedente enim sequeretur, quòd dives deberet magìs protegi quàm non dives, ut esset dilectio formaliter æqualis; adeoque pro divite fuisset taxanda quantitas mortalis major quàm pro non divite, quod est ex se absurdum. Responderet ergo Lugo, naturam non debuisse æqualiter protegere bona superflua sicut bona necessaria, quia tantùm debuit omnes protegere æqualiter formaliter, non materialiter: formaliter inquam, hoc est, à damno respectivè notabili, quod tamen materialiter est diversum in divite & non divite secundùm opinionem Lugonis. Neque de hoc possunt divites conqueri, utpote qui in tali conditione sunt positi, ut nolint esse positi in conditione *non divitum*, etiamsi ponatur vera esse sententia Lugonis, hoc est, non obstante, quòd sibi possit sine culpa lethali auferri major quantitas quàm non diviti.

302. Probat idem auctor 3. Qui per novam acquisitionem fit ditior, non debet fieri pejoris conditionis respectu eorum bonorum, quæ priùs habuit: ergo debet manere eadem quantitas sufficiens ad mortale, quæ erat priùs, alioquin jam fieret pejoris conditionis quoad illa bona. Ad hoc argumentum responderet facilè Lugo, Bona priora non esse præcisè secundùm se consideranda, sed prout conjuncta vel cum ulterioribus divitiis, vel cum negatione ulteriorum divitiarum: atqui conjuncta cum ulterioribus divitiis sunt in meliori statu quàm conjuncta cum negatione divitiarum, etiamsi sint exposita majori periculo furti, quia talis status est divitibus optabilior, & habent etiam plura media suas divitias assecurandi, recuperandi & augendi: ergo simpliciter loquendo dives non fieret pejoris conditionis etiam respectu priorum bonorũ, etiamsi per augmentum divitiarum cresceret etiam taxa quantitatis mortalis. Hæ sunt probationes P. Esparza, quibus in suo valore relictis

303. Probo Conclusionem primò. Lugo in sua doctrina nõ videtur procedere consequenter. Assignat enim quatuor status hominũ, nempe pauperum, civium communis fortunæ, ut sunt opifices, Opulentorum, & deniq; opulentissimorum, ut sunt Reges. Hæc, inquam, quatuor genera seu status, seu classes hominum, non comprehendunt classem frequentissimam, quæ est media inter opifices & opulentos: quis enim nescit, dari plurimos, qui reverâ à nemine habentur pro opulentis, & tamen hi ipsi ægerrimè ferrent, si cum opificibus compararentur, qui quotidiano labore & artis beneficio vivunt. Deinde

operarii

operatij diurni, v.g. trituratores, neque computati possunt inter pauperes, quia non vivunt aliorum liberalitate, nec inter opifices, quia notabiliter meliùs vivunt quàm operarii diurni, solo plerumque nigro pane & aquâ contenti.

304. Præterea, quod benè observandum est, statum paupertatis & statum opulentiæ, qualis est in ditissimis mercatoribus, Campsoribus, aliisque hujuscemodi, non intendit Natura, sed fiunt tales præter intentionem naturæ, nempe vel per casus fortuitos, vel per extraordinariam industriam, aut ex opposito per summam socordiam, aut prodigalitatem, &c. Natura autem non prospicit casibus fortuitis, non favet socordiæ, nec extraordinariam industriam vult retardare: atqui prospiceret casibus fortuitis, vel faveret aliquatenus socordiæ, aut retardaret extraordinariam industriam, si diversas quantitates assignaret, ut assignat Lugo, ut consideranti erit manifestum: ergo non videtur natura diversas quantitates assignâsse.

305. Quod attinet ad Reges & Principes, etiamsi demus, hoc genus hominum esse à natura intentum, eorum tamen opulentia, prout à Natura intenditur, & plerumque reperitur, est potiùs dicenda opulentia merè materialis quàm formalis. Formaliter enim loquendo ille solus rectè dicitur dives, qui abundat rebus ultra quàm ad conservationem sui statûs quem profitetur, sit necessarium. Principes autem plerumque non ità abundant; quod vel inde manifestum est, quia occurrentibus periculis vel casibus inopinatis, accipiunt pecunias mutuas etiam à Mercatoribus, & oppignorant bona sua: atqui ditior non solet accipere mutuum à minùs divite, sed econtra. Si ergo natura voluisset diversas quantitates constituere intuitu divitiarum, debuisset minorem constituere pro principibus quàm pro mercatoribus, quia debuisset attendere divitias formaliter non merè materialiter sumptas, quia Mercator minùs rationabiliter esset invitus quàm Rex aut Princeps.

306. Confirmatur hæc ratio à paritate. Si quis per industriam propriam comparâsset sibi unguentum, quo posset periculosa vulnera facillimè curare, imò pellere omnem dolorem, non propterea possent alii talem sine gravi injuria graviter vulnerare: ergo eodem modo non licebit opulento auferre quantitatem secundùm se gravem, etiamsi ipse per industriam vel fortunam comparaverit divitias, propter quas illatum damnum posset facilè recuperare. Utriusque autem hujus ratio à priori non potest esse alia, quàm hæc: quòd Natura in taxanda læsione mortali consideraverit hominem secundùm se, & quæ ipsi secundùm se debentur ad suam felicitatem procurandam: est autem homini sic considerato per accidens, habere facile medium reparandi damnum, illúdque non sentiendi: ergo natura ad hæc non respexit.

307. Probo Conclusionem 2. Pecunia non est solummodo æstimabilis mihi, qui eam possideo, quatenus potest servire ad sublevandam meam indigentiam, sed etiam quatenus potest servire ad benefaciendum alteri, sublevando indigentiam illius: ergo quantitas, quæ est æstimabile bonum respectu hominis plebei & fortunæ tenuis, est etiam æstimabile bonum ab opulento. Probatur imprimis antecedens & declaratur exemplo. Rex aliquis habet plurima jura præsentandi alios ad beneficia Ecclesiastica, quæ jura non serviunt, nec possunt servire ad sublevandam indigentiam regis, cùm non sint vendibilia, nec ipsa præsentatio sit vendibilis, sed solùm possit exerceri in ratione favoris, & ad consequendum inde fructum aliquem spiritualem: certum autem est, quòd nihilominus sit bonum Regi æstimabile tale jus, & ipsa præsentatio; & esset gravis injuria, si Rex ab hujusmodi actu impediretur. Ergo pari modo quantitas pecuniaria, quatenus potest habere rationem æstimabilis beneficii alteri conferendi, erit etiam æstimabile bonum ab illo, qui non indiget pro se & suis necessitatibus illâ pecuniâ. Hinc jam facilè probatur consequentia. Quia quantitas illa, quæ respectu operarii diurni est damnum grave, si illi auferatur, erit etiam beneficium æstimabile, si illi donetur; & hoc prædicatum semper retinet, quantumvis multiplicentur divitiæ: ergo etiam ditissimo est æstimabilis hujusmodi quantitas, quia qui illam aufert, aufert etiam medium per illam quantitatem benefaciendi alteri, & obtinendi solatium spirituale utrique æstimabile: ergo potest esse rationabiliter graviter invitus.

308. Probatur Conclusio 3. Ex inconvenientibus, quæ in opposita sententia sequi videntur. Constat, existere plurimas nobiles personas, quæ quia debent ratione nobilitatis suæ exteriùs splendorem aliquem præseferre, videntur vulgò esse divites, cùm sint pauperrimi, & domi frugaliùs vivant, quàm opifices: sæpè etiam habent bona immobilia, unde videntur esse divites, cùm tamen alieno ære ità sint oppressi, ut si solvenda essent, vix indusium illis remaneret. Econtra sunt alii plures opulentissimi, qui tamen exteriùs se gerunt, ac si essent ex communi sorte hominum, & negant se esse divites. Jam quoad priores sequeretur ex Lugonis sententia, quòd vel deberent patefacere suam paupertatem omnibus, & hocipso declarare, se esse graviter invitos etiam respectu duorum Iuliorum, vel si nollent suam paupertatem aliis manifestare, non possent esse rationabiliter inviti graviter respectu duorum Iuliorum, quia talis voluntas non manifestata non potest alios obligare, & dum se simulant, voluntque videri divites, hocipso fingerent, se non esse, nec posse esse rationabiliter invitos graviter respectu duorum Iuliorum, quibus tamen non minùs indigent, quàm opifices: quis

quis autem illos obliget ad manifestandam suam paupertatem, siquidem velint esse inviti respectu duorum Iuliorum? ergo potiùs dicendum est, quòd sicut ille, qui videtur esse dives, & vult videri talis, etiamsi non sit, possit esse rationabiliter graviter invitus respectu duorum, aut trium Iuliorum, ità etiam possit ille, qui reipsâ opulentus est, quod tamen sententia contraria negat.

309. Quoad posteriores verò econtrario sequeretur, quòd fraudem illicitam committerent, simulando se esse inter illos, qui possint esse, & reverâ sint graviter inviti respectu duorum Iuliorum, cùm tamen ex lege naturæ non possint esse rationabiliter graviter inviti: est autem illicitum simulatè & per fraudem assumere talem statum, cui conveniat potestas imponendi aliis obligationem gravem, à qua tamen obligatione natura illos liberavit: sicut illicitum esset assumere per fraudem personam, cui conveniat potestas ferendi leges, & hoc modo per leges gravare alios.

Confirmatur. Si quis posset jure alios decipere, ut per errorem putarent, se non posse auferre sine mortali illam quantitatem, quam possent auferre, si scirent esse divitem, sequeretur, quòd aliquis sciens talem hominem esse divitem, non posset sine injuria propalare, & aliis dicere, ipsum esse divitem: consequens est contra sensum omnium. Sequela probatur à pari. Quando scio alterius delictum alioquin occultum, non possum sine injuria illud propalare, & sic auferre illi bonam famam, quam habet apud alios: & hoc ideo, quia ille apud alios adhuc possidet bonam famam, quâ spoliaretur. Eodem modo dives occultus per manifestationem divitiarum pateretur detrimentum, quatenus propalando ejus divitias, bona illius fierent viliora, utpote magìs exposita periculo furti: ergo hoc etiam non liceret, si ille haberet Ius occultandi suas divitias in hunc finem, ne alii scirent, quantùm sibi possent sine mortali auferre.

310. Probatur Conclusio 4. Observando, quòd aliqua res possit dici & esse parva ex duplici capite & consideratione. Primò absolutè & sine ulla comparatione ad multiplicationem illius, ut unum pomum, unus sestertius, &c. secundò solùm comparativè ad multiplicationem ejusdem: sic unus florenus comparatus ad millenos est quid parvum. Porrò quæ hoc modo sunt parva, non amittunt propterea suam æstimationem absolutam, ità ut eorum positio vel ablatio non sit absolutè quid grave: hinc licèt una alapa comparata cum mille sit quid parvum, semper tamen in se manet injuria gravis, etiamsi superaddantur nongentæ nonaginta novem. Hinc autem probatur Conclusio. Si enim duo vel tres Julii secundùm se sint quid grave & æstimabile, non fiunt quid leve absolutè per multiplicationem, sed tantùm comparativè: ergo qui illam quantitatem aufert, adhuc dicitur auferre aliquid absolutè grave: sic si unus furetur regi aureum, alius aureos mille, tametsi prioris damnum sit leve comparativè, est tamen absolutè grave.

311. Confirmatur à pari. Si quis prædictus esset innumeris virtutibus & dotibus, & famâ amplissimâ propter illas, non propterea detractio in una dote esset absolutè levior, quàm si fieret alteri non habenti nisi illam unicam dotem: v.g. qui viro perfecto detraheret dicendo esse fornicarium, non minùs peccaret, quàm hoc ipsum dicendo de juvene honesto, cæteroquin vivente vitam sæcularem, multis imperfectionibus affectam: ergo sicut multiplicatio bonorum famæ, licèt faciat ut castitas comparativè ad cumulum cæterarum virtutum sit quid parvum, non tamen facit, ut propterea parùm lædat, qui famam de illa aufert, ità se res habebit in bonis fortunæ.

Contra nostram sententiam unicè opponi solet sensus communis hominum, qui censent, irrationabile fore, si Rex aut opulentissimus aliquis graviter indignaretur, propter ablationem trium vel quatuor Juliorum, non item si homo mediocris fortunæ graviter indignaretur: ergo debet pro prioribus major quantitas assignari. Probatur consequentia. Quia gravitas quantitatis rectè desumitur & colligitur ex eo, quòd sit apta movere ad rationabilem indignationem gravem, & amicitiæ dissolutionem. Responderi tamen facilè potest cum P. Giattino, distinguendo antecedens: censent fore irrationabilem talem indignationem, quatenus arbitrantur, illam indignationem processuram ex inordinato affectu erga pecunias, & ex avaritia (tales enim vocarent avaros) concedo: Secùs nego. Unde si scirent, eos indignari ob suum jus læsum, & ob sui contemptum quem secum fert talis læsio, non mirarentur homines prudentes: sic nemo posset jure reprehendere etiam ditissimum quemvis, si famulum ob furtum quatuor Juliorum etiam è famulitio dimitteret.

312. Doctrina hactenus tradita procedit, seclusâ rationabili præsumptione, quòd opulenti non sint graviter inviti ad quantitatem cæteroquin sufficientem, quæ præsumptio fundari potest in quibusdam circumstantiis & indiciis ex quibus ille animus colligitur, v.g. si aulicus ludat cum Rege aut Principe, & decipiat in medio floreno, sed sine animo sæpius decipiendi, potest præsumere, quòd Princeps non sit graviter invitus, tum quia ob singularem familiaritatem non videtur velle esse tam rigidus exactor, atque de jure esse posset; tum quia aulicus ab ipso Principe facilè potest similem deceptionem pati, quæ sæpè fiunt non ex affectu lucri sed victoriæ.

313. Multò faciliùs potest homo pauper & indigus præsumere, opulentum aliquem, &

solitum eleemosynas sæpius elargiri, non esse graviter invitum in quantitate duorum juliorum, si fortassis sit occasio surripiendi, & non sit occasio petendi, vel sine verecundia gravi peti non possint. Cæterùm nollem ego exemplificando frænum hujusmodi præsumptionibus laxare, propter abusûs periculum.

§. III.

Quodnam sit prædicatum physicum constituens læsionem gravem moraliter, & sufficientem ad peccatum mortale, & in ordine ad qualem effectum sit explicandum.

314. HActenus disputavimus, an eadem sit respectu omnium quantitas: quæ tamen ea sit, necdum determinavimus. Ostendimus etiam §. 1. Hanc quantitatem non posse pro certa regula constitui in pecunia certa, v. g. in medio floreno, ob rationes ibi allatas: nec etiam rectè explicari per terminos æquivalentes, ut: esse damnum notabile, æstimabile, &c. Restat, ut constituatur in aliquo prædicato physico, causativo alicujus effectûs physici, in ordine ad quem solemus concipere damnum, & dicere, esse damnum grave, aut leve.

315. Est sententia P. Martini Esparza (qui primus, quòd sciam, hanc metaphysicam quæstionem discutiendam suscepit) illam quantitatem nocumenti, seu injustè illati, seu injustè non reparati, esse sufficientem, ac necessariam ad peccatum mortale, cujus ablatio, seu non restitutio, est ex natura rei, spectatis hominum temperamentis & complexionibus, prout communiter esse solent, dissolutiva amicitiæ & benevolentiæ mutuæ, & concitativa iræ, atque inimicitiæ, seu iræ inimicabilis, alienantis absolutè animum ab injuriante. Ea verò quantitas intra limites peccati venialis continetur, ratione cujus non dissolvitur ex natura rei mutua benevolentia & amicitia, nec excitatur impetus inimicitiæ & iræ, inducitur tamen amicitiæ tepiditas quædam, & exurgit sensus doloris facilè sedandus.

316. Hanc regulam, ait Auctor, esse imprimis perspicuam, quia hinc fiet, ut unusquisque ex dispositione animi sui, ejúsque experimentali consideratione, seu absoluta, seu conditionata conjiciat, quam injuriam inferre non possit absque peccato lethali, & quam possit cum solo veniali. Deinde ait, esse optimam, quia hoc pacto ratio omnium maximè discretiva peccati mortalis & venialis, applicatur facillimè sub conceptu proprio ad determinatum istud genus subalternum. Nam sicut peccatum mortale est illud, quo per contemptum Dei, vel intellectualem vel affectivum, dissolvitur amicitia cum Deo, & veniale illud, quo quidem non dissolvitur conjunctio benevola, existit tamen præter eandem, & ad ipsam non benè disponit, sed potiùs indisponit animum; ità se habet læsio proximi in ordine ad dissolvendam amicitiam, vel inducendam tepiditatem amicitiæ, &c. Cùm enim amicitia proximi dissolvatur per nocumentum eidem illatum positivè, vel negativè, ideo illud nocumentum erit grave, quod est dissolutivum amicitiæ, illud verò leve, quod quidem non est dissolutivum amicitiæ, sed tamen inductivum tepiditatis, doloris facilè sedandi, &c. Ità ille, ingeniosè ut solet. Nihilominus

317. DICO 1. Ex eo, quòd aliqua certa damnificatio sit dissolutiva amicitiæ inter homines, non rectè infertur, quòd sit etiam dissolutiva amicitiæ inter hominem & DEUM, seu, quòd sit sufficiens ad peccatum mortale. Probatur. Mendacium sæpè repetitum, infidelitas in servandis promissis, ingratitudo, solent inter homines communiter causare abalienationem, & dissolutionem amicitiæ, & tamen hæc non sufficiunt ad dissolvendam amicitiam cum DEO, quia sunt ex genere suo venialia. Ergo non est bona consequentia, à vi dissolutiva amicitiæ inter homines, ad vim dissolutivam amicitiæ inter hominem & DEUM. Ergo nisi specialis ratio reddatur, posset quis pariter existimare, posse aliquam læsionem esse dissolutivam amicitiæ inter homines, quin sit dissolutiva inter hominem & DEUM. Ergo ex hac analogia necdum videtur tradita esse regula optima, ut dicebat P. Esparza. Ratio à priori est, quia amicitia inter homines est longè faciliùs dissolubilis, quàm inter hominem & DEUM: nam sicut homo homini liberè est amicus, ità potest absque amici gravi culpa in se commissa, desinere esse amicus: inimicus autem ne quidem ob gravem culpam in se commissam licitè esse potest. Quapropter inter homines dissolutio amicitiæ non infert inimicitiam: at verò homo non potest desinere esse amicus DEI sine gravi culpa in Deum commissa, & dissolutio amicitiæ inter Deum & hominem, infert inimicitiam Dei erga hominem: non ergo satis accommodatè procedit paritas.

318. DICO 2. Homines in examinanda quantitate sufficiente ad mortale, non recurrunt communiter ad vim dissolutivam amicitiæ, vel inductivam inimicitiæ. Probatur. Homines concipiunt discrimen inter damnum grave, & damnum leve, nihil penitus cogitando de vi dissolutiva amicitiæ: ergo vera est Conclusio. Probatur antecedens. Quando quis casu fortuito damnum patitur, nemine penitus illud causante, dicimus damnum modò esse grave, modò leve: sic per inundationes, tempestates, pruinas, grandines dicitur hic vel ille passus esse damnum grave, alter leve: & tamen in illo conceptu non cogitatur de vi dissolutiva amicitiæ. Neque dicas, cogitari de illa implicitè: Nam omnis conceptus implicitus unius, debet esse explicitus alterius prædicati, quod sit connexum cum

cùm illo implicito: hic ergo restat explicandus.

319. Confirmatur. Vis dissolvendi amicitiam, quæ inest furto, non identificatur adæquatè cum actione damnificativa graviter quomodocunque, sed ut damnificativa graviter simul & injustè: si enim quis per justam Iudicis sententiam damnificatur, non habet causam dissolvendi amicitiam: ergo Tò: *Damnificari graviter*: est quid genericum ad *damnificari justè, vel injustè*: atqui conceptus genericus non rectè explicatur per speciem, sed est explicandus cum præcisione à specie. Ergo, &c.

320. DICO 3. Notabilitatem, seu æstimabilitatem damni, quod expediebat prohiberi sub mortali, esse explicandam per aliquem effectum experimentalem & physicum. In hâc conclusione arbitror omnes debere convenire. Probatur. Cùm enim lex naturæ debuerit necessariò aliquam certam quantitatem læsionis prohibere sub peccato mortali, non verò omnem, propter inconvenientia superiùs explicata, propter quæ non expediebat omnem læsionem graviter prohiberi, debuit necessariò tandem ascendendo à minimo damno, v.g. unius pomi, vel teruntii, pervenire ad aliquam quantitatem, quæ inciperet esse prohibita sub mortali.

321. Porrò hanc ipsam prohibitionem debuit natura reddere hominibus aliquo modo sensibilem, seu notabilem, tametsi non fuerit necesse, ut innotesceret indubitatè circa punctum indivisibile, sed satis erat intra aliquam latitudinem innotescere, ut superiùs declaratum est. Non poterat autem hanc obligationem reddere sensibilem nisi per effectum aliquem, quem in se posset experiri ille, qui damnum patitur, hinc enim vocatur; damnum *æstimabile*, seu *notabile*. Debuit enim iste effectus posse animadverti etiam tunc, quando quis damnum patitur sine culpa alterius, nam etiam tunc dicimur pati damnum grave, vel leve.

322. DICO 4. Effectum, à quo homines solent damnum vocare grave, & notabile, non videri commodiorem esse alium, quàm tristitiam, seu animi dolorem, aut molestiam, imperio voluntatis moraliter inimpedibilem, aut cohibendam per se loquendo, spectatâ communi hominum complexione & constitutione. Hæc videtur imprimis esse mens Angelici Doctoris 22. *q.* 72. *a.* 2. ubi docens, contumeliam seu convitium (quæ est injuria circa honorem) esse peccatum mortale, deinde respondens ad primum ait, tunc quidem non esse peccatum, sed potiùs actum Eutrapeliæ, quando dicitur convitium non ad contristationem ejus, in quem dicitur, sed magis causâ delectationis & joci. *Si verò*, inquit, *non reformidet NB. contristare eum in quem profertur, &c. est vitiosum, hoc est, peccatum.* Ecce! S. Thomas desumit rationem injuriæ à contristatione, & consequenter gravis contristatio, hoc est, moraliter inimpedibilis, erit grave peccatum. Deinde Card. de Lugo d. 15. s. 4. explicans obligationem restituendi pro inhonoratione occulta, recurrit ad hanc nostram regulam n. 54. Et ipse P. Esparza hunc effectum indicavit ultimis verbis suprà relatis, recurrendo ad dolorem facilè, aut difficulter sedandum.

323. Probatur Conclusio primò ex ipsis loquendi modis, quibus utimur tanquam æquivalentibus, & idem significantibus: nam damnum, quod dicimur graviter ferre, dicimur aliis terminis molestè ferre, ægrè ferre, malè nos habere, &c. atqui per hos terminos significare volumus, nos sentire etiam invitos, & nolentes afflictionem & molestiam internam animi, quando non est in morali potestate, sese à tali tristitia aut inquietudine liberare, avertendo animum ad alia, tradendo oblivioni, aut contemnendo, cùm sit adeo naturalis, ut à paucis superetur. Ergo à primo ad ultimum, tristitia seu molestia interior, involuntariè communiter oriri solita ex apprehensione damni, & communiter inimpedibilis ab homine secundùm communem conditionem consideratо, est effectus discretivus damni, quod vocamus *grave*, à damno levi, quod etiam vocare solemus damnum contemptibile, seu non valde curabile.

Confirmari potest à contrario. Illud utiquè censetur damnum notabile, cujus valor si nobis fortuitò pro lucro accederet, diceretur lucrum notabile: illud autem solemus vocare lucrum notabile, quod nos ità solet exhilarare, ut non sit in nostra potestate morali tale gaudium cohibere, quin natura in illud erumpat, & aliquandiu perseveret: hinc etiam illis bonis, quæ dicimur magni æstimare, dicimur multùm affici. Affici autem est pati animi affectionem non liberam, sed necessariam: hujusmodi affectiones sunt gaudium, dolor, tristitia: ergo sicut per gaudium, quo afficimur, rectè discernimus lucrum magnum à parvo, ità per tristitiam possumus discernere damnum magnum à parvo.

324. Video equidem plura quæ contra hanc explicationem possunt cuivis occurrere; sed cogitandum semper est, similia posse etiam occurrere circa quamcunque regulam assignabilem: hoc enim contingit in omnibus ferè regulis moralibus. Deinde etiam advertere oportet, quòd licèt fortassè pro bonis fortunæ assignari posset alia regula, ea tamen non erit applicabilis bonis famæ, honoris, & corporis.

325. Restat solùm breviter insinuandum, quomodo Regibus, & opulentis possit regula tradita applicari. Ratio autem dubitandi est, quia isti non videntur experiri dolorem animi difficulter impedibilem: atqui deberent etiam isti experiri, nam & illis debet innotescere quantitas mortalis, cùm & ipsi possint peccare contra Justitiam, & alios graviter lædere.

326. DICENDUM est; etiamsi in istis personis non oriatur ille dolor, quando ipsi damnum trium Iuliorum patiuntur, neque etiam soleant dicere, se grave damnum passos esse, eò quòd loquantur in sensu comparativo ad suas fortunas quas habent amplissimas, possunt tamen reflexè deprehendere, quòd dolituri essent, si positi essent in conditione vulgari: & hoc quidem facilè colligere possunt à pari: v. g. Princeps amat canem, qui fortassis non valet tres Iulios, & si quis illi canem occideret, aut si canis moreretur, tristaretur: possunt ergo instituere comparationem, animadvertendo, quòd homo vulgaris & rerum suarum indigus, non minùs amet pretium canis, quàm princeps amet canem, & ideo non minùs doleret de jactura trium Iuliorum, quàm princeps doleret de jactura canis. Potest item Princeps hoc colligere ex comparatione famæ & honoris: potest enim reflexè deprehendere, quantùm doleret, si hoc vel illo modo infamaretur, & simul etiam per experientiam scire, quòd homo mediocris fortunæ non minùs afficiatur erga tres Iulios, quàm ipse erga famam in tali gradu. Sed de hoc puncto satis.

§. IV.

Ex tradita regula taxatur quantitas læsionis in bonis fortunæ sufficiens ad Mortale.

317. Restat nunc determinandum practicè, quæ summa vel quis valor rei sit illa quantitas, quæ censeatur sufficiens per se loquendo ad causandam afflictionem moraliter indeclinabilem, vel ad dissolvendam amicitiam. quæ determinatio pendet à communi hominum judicio, ac proinde auctoritas potiùs spectanda est quàm ratio. Referam ex P. Adamo Tannero varias DD. opiniones, qui hanc summam in pecuniis taxârunt.

Sotus, Sylvester, Angelus, Aragonius, Bannez, videntur requirere duos aureos, seu ducatos. Navarrus, Covarruvias, Corduba, putant sufficere unum alterumve baceum. Neutra sententia hodie probabilitatem habet.

Petrus Navarrus statuit octo vel decem baceos. Valentia tres vel quatuor. Bartholomæus Medina, Lessius & Rebellus, & ferè Lugo, medium florenum.

Cæterùm, hæ taxationes non possunt esse universales pro omni loco & tempore, propter variabilem valorem rerum, & ipsius pretii, ut jam suprà notatum est.

328. Alii paulò meliùs recurrunt ad magis universalem mensuram, desumptam ex hominis dignitate, quæ in se semper & ubique est eadem. Docent ergo, quòd pretium hominis ex labore diurno, in communi exercitio requirente parùm de ingenio, & multùm de labore, ut esset fossio terræ, bajulatio onerum &c. sit justa mensura pro gravitate materiæ. His consentit P. Esparza, probans ex S. Scriptura, ubi S. Petrus æstimavit notabile damnum, quòd totâ nocte nihil ceperit: ergo perdidisse valorem laboris unius diei, est damnum notabile, potens ad iram & inimicitiam commovere. Sed hæc probatio est admodum quæsita. Non enim conquestus est S. Petrus de jactura temporis (quæ piscatoribus & Venatoribus frequens est) sed voluit Christo significare, se spem aliquid deinceps capiendi nullam habiturum fuisse, nisi ejus invitatio moveret. Meliùs id probari posset ex Levit. 9. *Non morabitur apud te merces mercenarii usque manè.* Cæterùm etiam hæc sententia posset impugnari. Nam labor diurnus operarii etiam variat in pretio, pro varietate temporis aliarúmque circumstantiarum, adeoque ut certis temporibus vix valeat unum Iulium, cùm in eodem loco aliis temporibus valeat tres Iulios, plerumque autem duos. Præterea hæc taxatio non servit pro illis Regionibus, ubi non dantur mercenarii, sed vel per mancipia omnia peraguntur, vel quivis sibi cum familia sua laborat.

329. Propter hæc magis assentior P. Giattino statuenti illam quantitatem, quæ impenditur congruæ sustentationi hominis plebeii unico die pro cibis ordinariis, vestitu & habitatione sufficiente ad bonam conservationem sui absque luxu & superbia, & maximè communis, ut sunt communiter cives & opifices commodè & frugaliter viventes: vel breviùs: quantum solet hujusmodi plebejus opifex, qui non est merus operarius, intra diem circa æquinoctium lucrari: & in his partibus erit communiter medius florenus, in quam quantitatem major & sanior Theologorum pars conspirat.

Restant duæ objectiones vulgares, solvendæ in quacunque taxatione, & præter admirationem nihil habentes difficultatis.

330. Objicitur ergo 1. Si medius florenus esset summa mortalis, ita ut minor non esset, sequeretur, quòd si quis uno obolo minùs acciperet, jam non peccaret mortaliter, & tamen damnificatus adhuc ægrè ferret, & irasceretur ac doleret. ℟. concedendo sequelam, & negando minorem: factâ hypothesi quòd homo bene apprehendat diminutionem quantitatis illius, quæ in indivisibili incipit esse graviter afflictiva: sicut enim navigium physicè submergitur per ultimam guttulam aquæ, & per unam minimam guttam vini homo ex non ebrio fit ebrius, ità debet dari unum indivisibile quantitatis complens sufficientiam ad commovendam iram, & dolorem difficulter temperabilem; hoc autem ex communiore DD. judicio putamus esse ultimum constitutivum medii floreni: quodsi tu velis unum indivisibile demere, statim urgeberis de proximo indivisibili, & sic procedetur, donec vel

absumatur tota quantitas medii floreni, (quod est absurdum) vel debebis & tu sequelam argumenti concedere, & negare minorem, ut considerunti patet.

331. Objicitur 2. Ad hoc ut pauperculus graviter indignetur & doleat, non est necesse auferre illi medium florenum, satis erit auferre unum baceum quo posset se per diem sustentare, & solet. Ergo respectu mendicorum erit minor quantitas taxanda. ℞. antecedens esse verum per accidens, non per se loquendo: per accidens inquam, ratione damni subsecuturi, potest furtum unjus panis esse mortale; sed tunc gravitas damni non ponderabitur ex valore unius panis secundùm se spectati, sed ex pane & damno hîc & nunc annexo. Si ergo mendicus non posset sibi acquirere victum eo die, vel certè cum magna difficultate, sicque surreptio panis causaret inediam extraordinariè afflictivam & debilitativam virium, esset utique damnum grave, & peccatum mortale.

CONTROVERSIA III.

Quandonam sine vitio furti licita sit occulta Compensatio debiti.

SVMMARIVM.

VT licita sit occulta Compensatio, requiruntur septem conditiones. 332.
Non est licita occulta Compensatio cum sola probabilitate Juris. 334.
Vindicantur Authores à contraria sententia. 335.
Cur Magistratus possit debitum incertum compensare solutione certâ, non item privatus. 340.

332. CErta est sententia DD. contra Henricum, licitam esse occultam compensationem tunc, quando sequentes conditiones observantur. Prima est, ut id quod accipis in compensationem, sit vel tuum, vel debitoris, cui accipis. Secunda, ut non habeas spem, alio non nimis difficili medio debitum tuum obtinendi, eò quòd scias, debitorem nolle solvere, & ex alia parte sine gravi tuo damno aut incommodo, non possis accedere Iudicem, & debitum per viam Iuris obtinere. Tertia, ut factâ compensatione occultâ non admittas secundam solutionem. Quarta, ut hac compensatione non sis causa voluntaria damni longè gravioris alicujus innocentis, qui fortasse fieret suspectus de furto. Quinta, ut quantùm fieri potest, compensatio fiat cum minore debitoris damno, v. g. si potest fieri compensatio in re ejusdem speciei cum re debita, potiùs in hac, quàm in alia facienda est: alioquin cogeres debitorem rem suam commutare, quod est injustum: si tamen fieri non potest in eadem specie, nec potest per viam Iuris obtineri, potest compensatio fieri in alia specie. Sexta conditio est, ut debitum non sit dubium dubio negativo, tunc enim melior est conditio possidentis. Septima conditio: ut debitum sit certum, saltem certitudine morali.

Controversia est circa ultimam conditionem, utrum eâ deficiente adhuc sit licita occulta compensatio, nempe si habeas quidem probabiles rationes alterum tibi debere, sed non certas.

333. Prima sententia est Joannis Sanchez, *disp. select.* 43. *n.* 54. *&* *d.* 44. *n.* 57. eam tunc licere. Secunda & communissima negat. Authores videri possunt apud Dicastillo, & Amicum.

Card. de Lugo non se vult in hoc puncto resolvere: nam licèt n. 99. sic loquatur: *Quando opinio æquè probalis, vel probabilior faveret creditori volenti facere compensationem, quæ versatur non circa factum, sed circa Jus, videtur probabile, quòd possit creditor, antequam res ad judicium deducatur, positis aliis conditionibus compensare sibi occultè debitum.* Nihilominus postmodum n. 106. in fine sic concludit. *Libenter abstineo ab ultimo judicio circa hoc totum punctum de compensatione licitè facienda cum opinione solum probabili.* Addítq; à communi sententia non esse in re practica facilè recedendum. Quæ Lugonem perplexum reddiderint mox referentur.

334. DICO, non licere occultam compensationem cum sola probabilitate Iuris, seu debiti. Thomas Sanchez contrariam sententiam improbabilitatis censurâ notat: quæ censura licèt displiceat Lugoni, ex dicendis tamen apparebit, quòd illam mereatur, cùm præter Joannem Sanchez alium Authorem non habeat, qui eam ausus esset categoricè asserere, neque etiam ullâ solidâ ratione nitatur. Priusquam nostram sententiam probem, contraria fundamenta dissolvam.

335. Objicit Lugo 1. Plures DD. in casibus particularibus admittunt occultam compensationem, quando creditor habet tantùm Jus probabile. ℞. 1. Cùm illi DD. fatente Lugone, communem & nostram sententiam disertè, & indubitatè asseruerint, ubi hanc quæstionem sub propriis terminis tractârunt, curandi non essent, si in casibus particularibus doctrinæ consequentiam deseruissent. ℞. Tamen meliùs secundò, negando suppositum, nempe illos DD. quos Lugo adducit, in casibus particularibus admisisse compensationem occultam cum sola probabilitate debiti, ostendámque, Lugonem ad eorum mentem non satis advertisse.

336. Primò, inquit Lugo, de illo qui à Petro infamatus est, quæritur, an pro fama, quam Petrus ei non vult, vel non potest restituere, liceat infamato compensationem facere, negando pecunias, quas eidem Petro debebat. Respondet Lessius *l.* 2. *c.* 11. *dub.* 25. *in fine*, posse, quia probabilis est sententia docens, infamiam com-

compensandam esse pecuniâ, quando non potest in proprio genere restitui. Respondeo hanc Lessii doctrinam veram esse, sed longè extra præsentem quæstionem. Loquitur enim Lessius non de compensatione *occulta*, sed de aperta, negando solutionem debiti propter probabilitatem sui juris per infamationem acquisiti, quæ probabilitas est pretio æstimabilis, quia facit spem, fore, ut si alter in judicio debitum exigat, fortè non audiatur, si exceptio infamationis opponatur. Habet ergo Petrus probabile jus, se non debere, & manet in possessione pecuniæ probabiliter non solvendæ, donec à Judice res decidatur. Nostra autem quæstio procedit de occulta compensatione, quæ fieret, intervertendo possessionem alterius, & mihi appropriando, quod meum non est.

337. Affert Lugo 2. Exemplum. Quando duo se mutuò infamârunt cum damno æquali, possunt sibi compensare, ità ut quilibet non teneatur restituere, quamdiu alter restituere non vult, ut cum Sylvio, Maldero, & aliis docet Diana, quæ compensatio fundatur solùm in opinione probabili, quòd infamia sit licita compensatio. ℞. Hoc exemplum ex duplici capite non facere ad nostrum propositum. primò, quia in casu posito quivis illorum possidet suam libertatem, ob probabilitatem sententiæ, quòd in tali casu non sit obligatus ad restituendam famam. Aliud autem est, posse non restituere, ob probabilitatem sententiæ deobligantis, & aliud, posse alteri clàm auferre quod ille possidet: illud prius nemo negat: hoc posterius est in controversia, & negant communiter omnes. Secundò, in casu posito est sermo de debito certo, nempe, quòd alter teneatur, & non velit restituere famam, tunc probabile est, alterum quoque, qui alioquin paratus esset restituere, etiam deobligari. Quæstio autem nostra est, quando debitum est incertum.

338. Affert Lugo tertium exemplum: Qui ex testamento minùs solenni legatum debet habere, cùm sit opinio probabilis, deberi in foro conscientiæ illa legata, licèt contraria opinio sit satis communis & probabilis, potest tamen legatum detinere, vel de novo accipere, aut occultè compensare, ut fatetur Granadus 1. 2. *contr.* 7. *de legib. tr.* 3. *p.* 2. *d.* 15. *s.* 2. *n.* 17. Molina 1. *to. d.*81. §. *Quodsi.* Lessius *l.* 2. *c.* 19. *dub.* 3. *n.* 22. & *n.* 30. Respondetur primò. Granadus ne verbulo quidem mentionem facit occultæ compensationis, sed solùm, quòd talis hæres ex testamento minùs solenni posset hæreditatem adire, & recipere, quod nemo negat. ℞. 2. Molinam sic loqui. *Quodsi hæc fuit legislatorum mens, sanè dicendum est, &c.* non dicit uspiam, compensationem licere ideo, quia probabilis est opinio, legatum ad ipsum pertinere, sed loquitur & affirmat ex hypothesi *quòd talis fuerit legatorum mens*, scilicet, ut legata talia in conscientia debeantur, quod quidem est verissimum: sed quia dubium est, an illa fuerit legatorum mens, ideo Molina nunquam absolutè asseruit, ob solam probabilitatem, quòd talis fuerit mens, licere occultam compensationem: imò, ut ex sequentibus colligi potest, loquitur Molina de illo legatario, qui sibi certò persuasum habet, hanc esse mentem legislatorum; & ideo adest certitudo moralis. ℞. 3. Lessium nihil favere Lugoni: judicavit enim Lessius, certum clarúmque esse, mentem Legislatoris fuisse talem. ità asserit immediatè ante numerum decimum nonum, postea n. 30. fatetur quidem sententiam contrariam esse etiam probabilem, non tamen infert, ob ejus probabilitatem licere occultam compensationem, sed solùm vult, quòd si ponatur esse vera illa sententia, & qui illam ut certam teneret, posset occultè compensare. Hanc esse mentem Lessii, patet inde, quia ibidem dicit, in sententia contraria (hoc est Covarruviæ) cum cui in testamento minùs solenni relictum est, si possidet, non posse detinere, nec petere in judicio. Hoc sanè malè dixisset Lessius, nisi dixisset in sensu hyppothetico: suppositâ nimirum veritate & certitudine sententiæ Covarruviæ, quòd tale testamentum non valeat. Alioquin nihil vetaret, quominus ob probabilitatem sui Iuris posset in judicio experiri, súmque Ius tueri, & rem possessam tamdiu detinere, donec Iudicis sententiâ ad reddendum condemnaretur.

Ex his apparet, nullum Auctorem à Lugone citatum favere oppositæ sententiæ.

339. Objicit Lugo 2. In judicio externo etiamsi aliquis possideat, si tamen agatur contra eum circa proprietatem, & actor probet suum jus probabilioribus fundamentis, quàm sint ea quibus possessor se tuetur, Judex, ut benè se gerat, adjudicabit causam actori: ergo etiam in foro conscientiæ licebit auferre possessori & transferre ad creditorem, saltèm quando constat de majori probabilitate. ℞. Negando consequentiam. Nam auctoritati publicæ, habenti dominium altum in bona subditorum, debebatur hæc potestas, tanquam utilis & necessaria ad tollendas discordias, finiendas lites, & reddenda certa rerum dominia. Econtra obesset potestas compensandi privatâ auctoritate, ut jam dicam. Itaque

Probo positivè conclusionem, nimirum lege naturæ prohibitam esse occultam compensationem. Et imprimis ad hominem ex principiis ipsius Lugonis. Quando fit occulta compensatio in re quæ subest dominio debitoris, tunc per compensationem transfertur dominium in creditorem seu compensatorem, & hoc ideo, quia debitor est irrationabiliter invitus, & ideo perinde est, acsi non esset invitus, sive, acsi res illa dominio careret, fierétque occupantis, ut tradit Lugo s. 6. n. 112. atqui debitor, quando habet jus probabile, non est irrationabiliter invitus, ut per se patet, & tradit etiam Lu-

go

go n. 124. ergo si tunc fieret compensatio, non fieret translatio dominii, & hoc ipso compensatio esset nulla. Consequentia est legitima.

340. Probatur. 2. ex absurdo. Tametsi Magistratus possit per sententiam debitum certum compensare per debitum tantùm probabile, ob rationem paulò antè allatam, hoc tamen non debet ullatenus concedi homini privato, in quo illæ rationes locum non habent: atqui si liceret compensatio occulta pro debito solùm probabili, posset id etiam fieri à privato: ergo non est licita talis compensatio: minor probatur. Si enim certum est, me tibi debere centum, & probabile est, te mihi etiam aliunde debere centum, possem in sententia contraria auferre tibi centum, & illos deinde exhibere pro solutione, quo casu debitum certum extingueretur & compensaretur debito incerto, quod videtur ex se satis durum.

341. Probatur 3. Et à priori. Illud à Natura prohibitum est, quod est ejusmodi, ut si prohibitum non esset, longè plus mali quàm boni causaret in humana societate: sed sic se haberet licentia compensandi occultè debitum solùm probabile. Ergo &c. Majorem cum Card. Lugo & Pallavicino declaravi lib. 2. Theol. Specul. Minor probatur. Imprimis enim illa licentia nullum afferret notabile commodum, quod non æquè afferret prohibitio illius: sicut enim licentia compensandi faveret creditori probabili, ità prohibitio faveret illi qui probabiliter non est debitor: atqui non magis interest Reipublicæ favere illi potiùs quàm huic, si uterque bonâ fide rem suam tuetur: imò Natura potiùs est inclinata ad absolvendum quàm condemnandum, juxta regulam: *actore non probante reus est absolvendus.* Jam verò ex licentia compensandi debitum solùm probabile, gravia sanè incommoda sequerentur: imprimis frequentes animorum diffidentiæ & suspiciones: quicunque enim invicem litem haberent probabilem, unusquisque posset timere, ne alter attentaret compensationem occultam sibi licitam. alius probabiliter conjectans eam jam esse ab adversario factam, vellet iterum recompensare: alius, existimans se non posse illam impedire, vellet compensando prævenire. Item homines facilè sibi persuaderent probabilitatem alicujus juris, præsertim amplectendo sententiam quorundam, quòd pro inhonoratione aut infamatione debeat fieri restitutio in pecunia, si non fiat in honore & fama: imaginarentur, inquam, sibi, se ab aliis inhonoratos aut infamatos esse, nec posse sperare satisfactionem, ideoque inferrent, licere sibi compensationem in pecunia. Multi subterfugerent judicia, cogitantes, suum jus probabile visum iri Judici minùs probabile, præsertim si jam similes causas contra suam intentionem judicatas esse scirent. Denique (quod ipse Lugo prævidit) alius inferret, licere occultam compensationem etiam pro debito minùs probabili, quia opinio quæ mihi est minùs probabilis, alteri est probabilior: potero ergo illi me accommodare, & eam sequi ut probabiliorem. Hæc autem & ejusmodi plura inconvenientia non imminent ex prohibitione occultæ compensationis pro debito incerto. Nam etsi contingat quandoque aliquem ex occultæ compensationis prohibitione carere re sibi debita, hoc ipsum tamen periculum imminet aliis, si licita sit occulta compensatio debiti solùm probabilis, cùm opiniones probabiles non raro fallant, & in causa propria obscura non soleamus esse æqui judices, ac proinde alterius Iudicis sententia expectanda est.

CONTROVERSIA IV.

Quænam necessitas auferendi alienum excuset à vitio furti.

SUMMARIUM.

Triplex est necessitas proximi, Extrema, Gravis, Communis. 342.
Quivis tenetur ex charitate subvenire extremæ necessitati proximi ex bonis non solùm superfluis, sed etiam statui convenientibus. 343.
Humana vita licèt sit physicè præstantior omnibus bonis fortunæ, non tamen in æstimatione morali. eod.
Ex superfluis tenetur quis subvenire constituto in gravi necessitate, si non sit opus mediis extraordinariis. 344.
Jus accipiendi rem alienam in casu necessitatis, in quo fundetur. eod.
Constitutus in extrema necessitate, potest accipere ex alterius bonis non necessariis illi ad vitam, si non excedat media communia. 345.
Probabiliter idem de gravi necessitate dicitur. 347.
Auferens elapsâ necessitate restituere debet, si potest. 349.

342. Supponendum est primò, triplicem assignari à DD. necessitatem proximi, Extremam, Gravem, Communem. Extrema est necessitas rerum ad vitam necessariarum, sine quibus moraliter certò vel mors subeunda, vel morbus incurabilis, & propemodum morti æquivalens, contrahendus. Gravis necessitas est earum rerum, sine quibus verisimiliter vita notabiliter abbreviabitur, vel morbus gravis incurretur. Communis necessitas est, quàm habent pauperes qui mendicant apertè vel occultè, hoc est, qui aliorum liberalitate vivere debent.

Supponendum 2. Apud eos qui non sunt constituti in hujusmodi necessitatibus, posse considerari triplicis generis bona: primum genus bonorum est, quæ sunt illis necessaria ad suam suorúmque vitam sustentandam, & dicuntur necessaria

cessaria ad naturam. secundum genus est eorum bonorum, quæ sunt necessaria ad statum conservandum, attentis eventibus, qui prudenter timeri possunt. Tertium genus est eorum bonorum, quæ statui conservando superflua sunt.

343. Supponendum 3. Unumquemque teneri ex charitate subvenire extremæ necessitati alterius (nisi probabiliter judicet alium subventurum) ex bonis non solùm superfluis, sed etiam ex bonis statui convenientibus, non tamen ità necessariis, ut sine talibus bonis ex pristino statu decideret, hoc enim adeo durum & inobservabile esset, ut natura ne quidem ad propriam vitam conservandam ità quemquam obligaverit. Unde nullius alterius extremæ necessitati teneris subvenire, quando ad id opus esset mediis valde extraordinariis & sumptuosis, etiamsi talia bona tibi non essent necessaria: quia talis obligatio minueret in civibus curam sese honestè locupletandi, præberet aliis ansam præcipitandi se temerè in hujusmodi necessitates, & exteris esset occasio exhauriendi provinciam intuitu captivorum, exigendi immensas pecunias pro illis redimendis, alioquin occidendis &c. ac denique esset lex moraliter inobservabilis.

In hunc finem observant benè Conink & Lugo, quòd licèt humana vita sit physicè præstantior omnibus bonis fortunæ, non tamen in æstimatione morali; sæpè enim magnum malum est vivere: & sæpè gravius est, statu suo excidere, quàm, eo salvo, mori. item vita de se brevis est, conservatio statûs in posteris, est de se aliquo modo perpetua.

344. Supponendum 4. Ex superfluis statui, te teneri subvenire proximo in gravi necessitate constituto, modò non sit opus mediis extraordinariis, ut dixi agens de Eleemosyna ir. de Charit. neque tamen potest indivisibilis mensura assignari, quænam scilicet debeat esse proportio damni à me ex charitate subeundi ad damnum proximi evitandum, sed omnia sunt prudentis arbitrio pensanda. De his ergo præsens quæstio non est, sed in præsenti quærimus, quandonam proximus in necessitate constitutus possit licitè accipere res alienas, sive deinde in illo casu teneatur proximus ex charitate subvenire, sive non teneatur.

Supponendum ergo est 5. Ius accipiendi rem alterius in casu necessitatis, fundari in eo, quòd natura à principio voluerit omnia esse communia, & rerum divisionem eousque solùm admiserit, donec occurreret casus necessitatis in certo aliquo gradu, quo casu voluit illa bona jam divisa iterum saltèm respectivè fieri communia, quatenus tanquam media ordinaria sunt necessaria ad sublevandam illam necessitatem. Hoc itaque casu qui vellet accipere rem alienam, & ille alter resisteret (nisi esset in pari necessitate constitutus) faceret injuriam, non minùs, quàm si Religiosus professus incapax dominii & possessionis, vellet alteri resistere, ne tolleret gemmam inventam in littore maris. His præsuppositis

345. DICENDUM est 1. Constitutus in extrema necessitate, potest accipere ex alterius bonis non necessariis illi ad vitam, si illud quod sibi est necessarium, non excedat media communiter adhiberi solita ad hujusmodi necessitatem sublevandam. Constat ex dictis, præsertim suppon: 3. & ultimo, & ex consensu DD.

346. Dices. Equus est medium necessarium ad fugiendum hostem, & tamen non possum in extrema necessitate hostis insequentis, accipere equum Paulo, si per hujus ablationem ille grave incommodum patiatur: ergo conclusio non est univerfaliter vera. Probatur secunda pars antecedentis, quia tunc non possum alteri suum eripere, quando ille non tenetur ex charitate dare. Sed Paulus non tenetur cum gravi suo incommodo dare equum: ergo nec possum accipere. ℞. Negando antecedens. Ad probationem nego majorem: non enim convertuntur hæc duo: *te obligari ex charitate ad dandum: & me posse jure accipere.* Nam divites tenentur quandoque ex charitate dare eleemosynam pauperibus in communi necessitate constitutis, & tamen pauperes non habent jus accipiendi: ergo potest etiam econtrario natura dare jus accipiendi, licèt non obligetur alter ad dandum in tali casu: durius enim est: obligari ad spoliandum seipsum in favorem alterius, quàm obligari ad patiendam spoliationem.

347. DICO 2. Probabile est hoc ipsum licere constituto in gravi necessitate tali, ut immineat periculum moraliter certum amittendi bonum aliquod grande, à natura per se & communiter omnibus hominibus concessum, v. g. sanitatem graviter lædendi, amittendi libertatem vel faciendi gravissimam famæ jacturam, quam communiter omnes homines habent, & sine qua essent abominabiles. In hoc, inquam, casu licitum erit accipere ex alienis non solùm statui superfluis, sed etiam illi conservando necessariis, modò non excedat medium ordinarium & commune. Ità Lugo, Diana, Lessius, Bonacina, Vasquez, cujus oppositum etsi tenere videantur Azor, Valent. Turrianus, Reginaldus, non videntur tamen de tam gravi necessitate locuti fuisse, sed de ea quæ frequentiùs accidere solet, ut paulò pòst dicam.

348. Probatur Conclusio. Quia etiam pro tali casu videtur natura voluisse bona esse communia, ad defendenda scilicet illa bona intrinseca hominis, quæ cum tanta providentia omnibus communiter procuravit. Secùs dicendum est de alia gravi necessitate v. g. decidendi de statu nobili, excidendi ex gratia Principis, amittendi dignitatem valde magnam &c. hæc enim bona sicut non procurantur à natura communi-

muniter, ità non eſt cogitandum, quòd voluerit ea cum gravi detrimento alterius innocentis defendere publicando quaſi illius bona, ut fiant occupantis.

349. Cæterùm, quando diximus licere accipere ex bonis neceſſariis ad conſervationem ſtatûs, non eſt intelligendum de ità neceſſariis, ut iis ablatis ſtatim alter decideret de ſtatu, nam hoc medium non eſſet medium ordinarium; ſed de iis, quæ morali æſtimatione cenſentur ità neceſſaria, ut eorum jactura cauſſet ſollicitudinem reparandi, ne alioquin ſtatus difficulter conſervetur: ſicut bona dicuntur neceſſaria ad vitam, quorum tamen aliqua jactura non ſtatim infert mortem.

Qui in iſtis neceſſitatibus aufert aliena, ſi elapſa neceſſitate poteſt facere reſtitutionem, ad eam tenetur. Nec enim natura pro caſu neceſſitatis aliter communia fecit bona, niſi ut accipiantur per modum commodati, aut mutui: hoc enim ſufficit, ut conſultum ſit neceſſitatem patienti.

CONTROVERSIA V.

Quid ſit reſtituendum ratione accepti ob turpem cauſam.

SUMMARIUM.

Dupliciter aliquid accipitur ob turpem cauſam. 351.

Accipiens aliquid ad præſtandum id, ad quod jam antè ex Juſtitia tenebatur, jure naturæ tenetur reſtituere. 351.

Si ex alia virtute, nulla naſcitur obligatio reſtituendi. 353.

Neque eſt obligatio reſtituendi ex Iuſtitia de Iure naturæ id quod acceptum eſt pro actione illicita. 354.

Jus Civile diſtinguit inter caſum, quo ſolius dantis eſt turpitudo, & caſum, quo ſolius accipientis, & denique quo utriuſque eſt turpitudo. 358.

Adverſus Meretricem non datur actio, ſeu condictio. 360.

Licet ob cauſam turpem datum ab ipſo dante repeti non poſſit, propinquis tamen repetendi via eſt. 361.

In caſu, quo turpitudo eſt ſolius accipientis, datur condictio ob turpem cauſam, excepto Iudice. 362.

Quæ exceptio fundatur in præſumptione, quòd voluerit corrumpere. 363.

In caſu, quo utriuſque eſt turpitudo negatur actio, quâ datum repetatur. 364.

Lex Julia Repetundarum *quos puniat.* 365.

350. De hac quæſtione exſtat in Digeſtis titul. 5. lib. 12. de condictione ob turpem cauſam, & Codicis tit. 7. lib. 4. Plura à Theologis moventur, cum quibus ea priùs expediemus, quæ ſunt Iuris naturæ, deinde ea, quæ jure poſitivo conſtituta ſunt.

351. Notandum eſt, dupliciter aliquid accipi ob turpem cauſam. 1. Quando accipitur pretium ad præſtandum aliquid, quod jam priùs ex aliqua virtute erat præſtandum; v.g. qui tenetur ex charitate non dare ſcandalum, & accipit pretium ad non dandum ſcandalum: qui tenetur ex Iuſtitia abſtinere à combuſtione domûs, & accipit pretium, ut abſtineat. Secundò dicitur aliquis accipere aliquid ob turpem cauſam, quando actio, vel omiſſio propter quam accipit pretium, eſt turpis & inhoneſta, ut meretrix pro corporis proſtitutione, aſſaſſinus pro latrocinio.

DICENDUM 1. Qui accipit aliquid ad præſtandum id, ad quod jam antè ex Iuſtitia tenebatur, jure naturæ tenetur ad reſtitutionem accepti. Ratio eſt aperta, quia alioquin non ſervatur æqualitas: debetur enim alteri talis actio abſque ullâ bonorum jacturâ: atqui, ſi non reſtitueretur pretium, pateretur jacturam pretii: ergo non haberet totum, quod vi jurium ſuorum habere deberet.

352. Confirmatur. Vel ille qui ſolvit, facit & ſolvit ex ignorantia, vel ſcit ſibi jam antè fuiſſe debitum. Si primum, eſt rationabiliter invitus, ut retineatur pretium. Si ſecundum: vel vult donare, & ſumus extra caſum: vel facit ad redimendam vexam, & majus damnum, & eſt etiam rationabiliter invitus, ut retineatur pretium.

353. DICO 2. Si ex alia virtute, quàm Iuſtitiâ tenebatur, tunc, ſpectato præcisè Iure naturæ, nulla naſcitur obligatio reſtituendi ex Iuſtitia. Probatur ex fundamento contrario. Quia ſervatur æqualitas Iuſtitiæ, cùm res antea non debebatur alteri. Quòd autem debuiſſet præſtari ex alia virtute, non impedit, quò minùs per contractum poſſit naſci obligatio ex Iuſtitia, quæ eſt pretio æſtimabilis. Utrum autem aliquando teneatur ex alia virtute pretium reſtituere, huc non pertinet.

354. DICO 3. Neque etiam eſt obligatio reſtituendi ex juſtitia de jure naturæ id quod acceptum eſt pro actione, vel omiſſione turpi & illicitâ. Eſt communis Theologorum cum S. Thoma 2. 2. *q.* 32. *a.* 7. *in C.* & *q.* 62. *a.* 7. *ad* 2. Probatur. Quia licet ipſum pactum præcedens ratione objecti ſit illicitum, & nullam planè inducat obligationem præſtandi promiſſum, nemo enim poteſt obligari ad illicitum, ut ex terminis patet: nihilominus tamen ipſa actio eſt ſecundùm ſe pretio æſtimabilis: ergo tale pactum obligat alterum ſub conditione, ſi actio fuerit exhibita, ut ſolvat pretium: exemplum clarum eſt in matrimonii promiſſione conditionatâ, ſi permittat ſe puella ſtuprari, tenetur eam ducere ſecutâ conſtupratione, quo nihil certius eſt. Hinc idem inferunt DD. de meretrice, nempe poſſe eam ſervare pretium, ſeu mercedem etiam antecedenter acceptam: nam licet tunc non obligetur ſtare pactis, ſicut nec qui merce-

dem solvit, secuto tamen actu & impletâ conditione fit domina mercedis acceptæ, nec tenetur restituere.

Ab hac Conclusione excipiunt aliqui Thomistæ post Cajetanum & Covarruviam, Iudicem qui fert injustam sententiam, & accipit mercedem promissam, quam volunt esse restituendam jure naturæ. Sed nullum est hujus exceptionis fundamentum: si enim sententia injusta non est vendibilis jure naturæ, ideo non erit vendibilis, quia est damnificativa alterius tertii, qui per talem sententiam læditur: sed ex hoc capite non est invendibilis, alioquin etiam actio furis non esset vendibilis, quod est contra hos ipsos Auctores. Satis ergo læso à natura cautum est, quòd tam ille qui corrumpit Iudicem, quàm ipse Iudex sint obligati satisfacere pro damno per injustam sententiam illato.

355. Objicies 1. S. Augustinum *Epist.* 54. *ad Macedon.* sceleratiùs accipi pecuniam pro sententia injusta, quàm pro justa, pro testimonio falso, quàm pro testimonio vero. Atqui pecunia accepta pro sententia justa est restituenda: ergo & pro sententia injusta. ℞. 1. Minorem esse veram in sensu primæ Conclusionis suprà positæ, nempe, quando aliquid accipitur ab eo, cui jam debetur sententia justa: non tamen esse veram, quando accipitur ab alio, cui sententia non debetur; & ità docet Vasq. *c.* 7. *de rest. d.*5.*n.*47. ℞. 2. Concessâ majore (quæ est evidens) & etiam minore in sensu jam explicato, negatur consequentia: nam ex eo, quòd actus sit sceleratior, non infertur legitimè, esse obligationem restituendi, si sit obligatio restituendi ex actu minùs scelerato. Ratio est, quia accipere aliquid ab eo cui debetur sententia justa, est injustum respectu illius à quo accipitur: ergo mirum non est, quòd inducatur obligatio restituendi: at verò accipere aliquid à Petro, ut feratur injusta sententia contra Paulum, non est injustum respectu Petri; non ergo inducitur obligatio illi restituendi.

356. Objicies 2. Illa obligatio non est introducta à natura, quæ si daretur, foveret peccata: sed si daretur obligatio solvendi mercedem meretrici promissam, talis obligatio foveret peccata: ergo, &c. Minor probatur. si enim meretrix sciret, alterum non teneri ad solutionem, non se prostitueret. ℞. Distinguendo majorem. Quæ foveret per se & directè, concedo: quo sensu non datur obligatio ad illicitum: & dicitur: quòd Juramentum non sit vinculum iniquitatis. Quæ foveret tantùm per accidens, & remotè nego. & patet in instantia allata de promissione matrimonii. Unde alia regula dicit: Juramentum servandum esse, quando servari potest sine dispendio salutis: ergo qui cum juramento promisisset meretrici pretium, post actum secutum teneretur, quia posset servare sine dispendio salutis. Est tamen aliquid objectioni tribuendū, nempe, quòd ob allatam causam possent leges humanæ statuere, ut meretrix teneretur restituere acceptum, aut, si necdum accepit, non posset promittentem ullâ actione convenire.

357. Objic. 3. Non licet actionem peccaminosam præmiare: ergo nec licet pro ea pretium solvere. ℞. Negando consequentiam. Antecedens ideo verum est, quia repugnat præmiari id quod potiùs pœnam meretur. Et hæc de jure naturæ.

358. Ius civile distinguit inter casum, quo solius dantis est turpitudo, & casum, quo solius accipientis, & denique, quo utriusque est turpitudo. Exemplum primi est, quando quis meretrici solvit, quod promisit, secuto actu: nam talem turpiter agere antecedenter promittendo aut dando, clarum est. De meretrice autem dicit lex. 4. §. 3. quòd licet meretrix turpiter faciat, quòd sit meretrix, non tamen turpiter accipiat, cùm sit meretrix. Quasi dicat. Meretricis turpitudinem in eo consistere, quòd sit jam prostituta, & quasi venalis: quòd autem deinde accipiat, non augere ejus turpitudinem: & quidem si post actum accipiat, habet jus accipiendi: si verò ante actum, est quidem acceptio etiam theologicè turpis, sed civiliter non est turpitudo distincta à prostitutione.

359. Exemplum secundi casûs est, quando quis dat aliquid Iudici, ut in causa justa ferat justam pro se sententiam, si timet, ne alioquin injusta sententia feratur, item si quid datum est, ne furtum fiat, ne committatur homicidium.

Exemplum tertii casûs est, quando aliquid datur judici, ut injustam ferat sententiam; item quando datur lenoni pro lenocinio, &c. Pro his casibus diversimodè statuunt Leges.

360. Et imprimis quidem adversus meretricem non datur actio, seu condictio quâ datum repetatur *L.* 4. §. 3. *ff. de condic. ob turpem causam. Sed quod meretrici datur, repeti non potest, ut Labeo & Marcellus scribunt, sed novâ ratione, non eâ quòd utriusque turpitudo versatur, sed solius dantis: illam enim turpiter facere, quòd sit meretrix, non turpiter accipere, cùm sit meretrix.*

Sed si quid promissum est, neque tamen adhuc solutum, dubitatur, an mulieri competat actio adversus promittentem, si actus est secutus? Multi sunt, qui existimant mulieri competere actionem, quibus adhæret Covarruvias. Econtra Antonius Perez existimat, adeo non competere actionem, ut promissio ab initio ne quidem valeat, & citat legem 27. & 123. ff. de V. Ob. ubi IurisConsultus ait: *Si flagitii faciendi, vel facti causâ concepta sit stipulatio, ab initio non valet.* Alii existimant, valere quidem ipso jure, sed agentem doli exceptione repelli posse. Ego censeo promissionem valere, & promissorem in conscientia teneri, ut suprà dictum, meretrici tamen actionem denegari: idque colligo ex Lege 5. C. de Con. ob tur. caus. ubi dicitur: *Quamvis solutæ quantitatis cessel repetitio, tamen ex hujusmodi stipu-*

stipulatione contra bonos mores interpositâ denegandas esse actiones juris auctoritate demonstratur.

361. Cæterùm laudatus Antonius Perez hîc n. 8. præclarè advertit, quod alii non adverterunt, nempe, quòd licèt ob turpem causam datum ab ipso dante repeti non possit, ut paulò antè dictum, & habetur etiam *L. 2. & 5. C. h. t.* aliis tamen dantis propinquis repetendi via non sit præclusa post legem Constantini, quæ codici Justinianæo inserta est *l. 1. C. de nat. lib.* quâ lege donationes (non item quod solutum est ex debito ob inhonestum obsequium præstitum) in Meretrices factæ revocantur, factâ revocationis potestate legitimæ soboli donantis, scortantis, aut fratri, vel aliis ejus proximioribus. Quæ lex, cùm varia contineat, quæ ad præsentem quæstionem non spectant, non est referenda, neque credo eam observari.

362. In casu, quo turpitudo est solius accipientis, certum est, dari condictionem ob turpem causam, quâ repetitur datum pro actione, vel omissione actionis adversus illum, qui ex Iustitia ad illam tenebatur. *L. 1. §. 2. & 2. ff. h. t. Quodsi turpis causa accipientis fuerit, etiamsi res secuta sit, repeti potest. Vt puta, dedi tibi, ne sacrilegium facias, ne furtum, ne hominem occidas.* Sed hæc lex solùm procedit, si reverâ accipiens alioquin turpiter acturus fuisset, prout alibi explicabo. Excipitur tamen Judex *l. 2. §. fin. ff. hîc: Sed si dedi, ut secundùm me in bona causa Iudex pronuntiaret: est quidem relatum, condictioni locum esse: sed hic quoque crimen contrahit: Iudicem enim corrumpere videtur, & non ità pridem Imperator noster constituit, litem eum perdere.* Nempe ab Imperatore Antonino *l. 1. cum auth. seq. C. de pœna Iudic. qui malè judicavit,* constitutum est, ut is litem perdat, qui diffidentiâ justæ sententiæ in pecuniæ corruptela spem negotii reposuerit. Quo tamen casu jam non est ampliùs turpitudo solius accipientis, sed etiam dantis.

363. Ex his simul sumptis mihi dicendum videtur, quòd lex hæc de dante Iudici, ut ferat justam pro se sententiam, quatenus negat danti condictionem, & condemnat, ut litem perdar, in præsumptione fundetur, quòd voluerit Iudicem corrumpere, prout etiam supponit glossa: quapropter si constaret, quòd dedisset potiùs ad impediendam iniquitatem Iudicis, ne ferret sententiam injustam contra se, non credo, quòd allatæ leges locum haberent, quod etiam mihi supponere videtur Covarruvias, dum à dictis legibus excipit eum, qui dedit Iudici, ut causam suam quamprimùm expediat, eò quòd res ista non contineat suspicionem corrumpendi Iudicis.

364. In tertio denique casu, quo turpitudo tam est dantis, quàm accipientis, jura negant actionem, quâ datum repetatur, & quod datum est, remanet apud accipientem, cujus in pari causa potior est conditio, uti possessoris. *l. 2. & 5. C. h. t. & l. 3. ff. eod. ubi autem & dantis & accipientis turpitudo versatur, non posse repeti dicimus, velut si pecunia detur, ut malè judicetur.*

365. Lex Julia Repetundarum illos punit, qui in officio publico, vel in administratione Magistratûs, pecunias ac munera accipiunt, quo magìs vel minùs officium suum faciant. Civiliter etiam ad quadruplum ejus quod datum, acceptumve est, conveniri possunt, inter fiscum & personam læsam dividendum. Sed hæc aliò pertinent, sicut & lex. 1. ff. de Calumniatoribus, ubi dicitur: *in eum, qui ut calumniæ causâ negotium faceret, vel non faceret, pecuniam accepisse dicetur, intra annum in quadruplum eius pecuniæ, quam accepisse dicetur, post annum simpli in factum actio competit.*

CONTROVERSIA VI.

Vtrum detur obligatio restituendi pro re ablata, quæ alioquin fuisset apud Dominum peritura.

SUMMARIUM.

DEstruens rem alterius injustè sine illius usurpatione, tenetur ad restitutionem totius valoris, etiamsi postea apud Dominum perijsset, si periculum non poterat prævideri. 367.

Si res elapso periculo apud furem pereat, non peritura si restituisset, tenetur ad restituendum. 368.

Eodem infortunio apud Dominum peritura, non est restituenda. 369.

Teneretur tamen, si ex negligentia furis periret. 371.

366. OBservandum est, variis modis contingere posse, ut res quæ injustè ablata est, aut destructa, apud dominum fuisset peritura, si non ablata aut destructa fuisset: primò quando ità destruitur, ut tamen nunquam fuerit à destruente possessa aut ablata, v. g. segetes accendendo hodie, quæ cras erant grandine perituræ: secundò si priùs auferatur & detineatur, ac deinde primùm destruatur sive culpabiliter sive inculpabiliter, v. g. si quis furetur fructus, qui deinde putrefiunt, aut incendio pereunt apud furem, perituri eodem modo apud dominum sine ejus emolumento ullo. Tertiò. si quis furetur id, quod postmodum alius erat furaturus. Quartò, quando per furtum res est extracta periculo, ex quo alioquin erat peritura apud dominum, deinde verò perit apud furem casu quo apud Dominum non fuisset peritura.

367. DICO 1. Qui destruit rem alterius injustè sine illius usurpatione, tenetur ad restitutionem totius Valoris, etiamsi ex eventu postea constet, rem apud Dominum perituram fuisse, si tamen periculum non poterat probabiliter prævideri: nam ratione periculi prævisi res

minus valet, & ideo tantò minus esset restituendum. Probatur. Nam, ut ex dictis patet, destruendo voluisti subire obligationem reparandi, quæ obligatio manet, non obstante, quòd postmodum fuisset peritura: perinde enim est, acsi emisses pro obligatione solvendi, deberes enim solvere, etiamsi fuisset apud venditorem peritura, & si pretium statim solvisses, non teneretur venditor refundere, etiamsi ex postfacto appareret, rem fuisse perituram.

368. DICO 2. Si res apud dominum peritura, elapso deinde periculo, v. g. erepta jam ex incendio à fure, deinde apud furem pereat, non peritura apud dominum, si deinde quam primùm commodè poterat, restituisset, in hoc inquam casu tenetur fur ad restitutionem totius valoris. Probatur. Nam res illa, licèt nihil valeret, dum erat constituta in manifesto periculo interitûs, postquam tamen erepta est, recepit suum integrum valorem acsi de novo reproducta fuisset, & manet in dominio prioris domini, cujus negotium utiliter gessit, quisquis è periculo liberavit. Nascitur ergo in fure obligatio restituendi: quia verò fur habet voluntatem directè privandi dominum re suâ, cùm non habeat animum restituendi, gravatur obligatione restituendi æquivalenter casu quo res pereat, etiamsi pereat casu fortuito. Nam etsi non sit illi voluntarius casus fortuitus, est tamen illi voluntarium, quòd Dominus re suâ careat: itaque casus fortuitus non facit quòd dominus rem suam non habeat, sed tamen una cum voluntate non restituendi facit, quòd eam deinceps in se habere non possit: quatenus ergo voluntas furis facit, ut eam non habeat dominus, apud quem res deinceps salva esset, contrahit obligationem, ut in casu quo pereat, restituat in æquivalenti, sicut teneretur si voluntariè destruxisset, aut postquam erat è periculo liberata, emisset.

369. DICO 3. Si res furtiva fuisset eodem infortunio apud dominum peritura, quia v.g. fuit commune incendium vel diluvium, tunc probabilius est, furem ad nullam restitutionem teneri. Ità communiter Theologi contra Bartolum. Probatur. Quia in hoc casu realiter & effectivè loquendo fur nullum damnum intulit, sed solùm affectivè, & præterea non militant rationes allatæ in primo casu, in quo quidem etiam realiter loquendo nullum damnum inferri videtur, quatenus res illa apud dominum fuisset peritura per alium casum, reverà tamen est disparitas jam insinuata. ponitur enim in casu primæ Concl: fur rem voluntariè absumere, ac proinde voluntariè commutare jus in re quod habebat dominus, in jus ad rem, quod jus manet salvum, sicut si emisset: in casu verò tertiæ Conclusionis non destruitur res voluntariè à fure, sed casu fortuito, & quidem tali, quo eadem res fuisset eodem modo apud dominum peritura, v.g. in communi incendio, aut inundatione; & sic non commutat voluntariè jus in re domini in jus ad rem, seu quod idem est, obligationem restituendi rem in se, in obligationem restituendi pretium.

370. Sed neque in hoc casu fit hæc commutatio involuntariè sicut in casu secundæ conclusionis: nam ibi non casus fortuitus est causa adæquata destructionis, sed unâ cum voluntate non restituendi, si enim restitueret non periret apud dominum, ut ponitur in casu: at verò in casu tertiæ conclusionis, solus casus fortuitus est causa destructionis, quia sive res esset ablata domino, sive non esset ablata, eodem casu & incendio ponitur esse peritura.

371. Quodsi tamen res apud furem periret ex negligentia, eò quòd facilè eam posset à periculo liberare, sed non vult, tunc utique ad restitutionem teneretur, quia propter furtum commissum suscepit obligationem custodiendi rem furtivam, ad minimùm diligentiâ communi. ergo hoc ipso, quòd res apud furem sit faciliùs conservabilis, habet aliquem valorem & æstimationem quæ accessit rei, & suo domino, juxta quam æstimationem debet fieri restitutio.

Quæres: quidsi alius furaturus fuisset eandem rem? ℞. Adhuc primum furem teneri ad restitutionem. Nam ipse suscepit in se obligationem restituendi, quam alioquin alter subiisset.

CONTROVERSIA VII.

Quinam ex Cooperantibus ad damnum injustum, & quo ordine, ac quousque teneantur restituere.

SUMMARIUM.

372. Co-

372. COoperantes alii concurrunt positivè, alii negativè. Omnes his versibus comprehenduntur.

Jussio, Consilium, Consensus, Palpo, Recursus.
Participans, Mutus, non Obstans, non Manifestans.

QUÆRITUR ergo 1. In genere de concurrentibus ad damnum ab alio datum, an ad hoc ut obligentur ad restitutionem, debeant ità concurrere, ut nisi concurrissent, effectus ne quidem quoad substantiam positus fuisset. ℞. Negativè. Satis enim est, ità concurrere, ut reverà in suo genere influat, etiamsi ipso non influente adhuc secutus fuisset effectus ab alio: v.g. si consulas furtum, ità ut fur defacto tuis motivis verè moveatur, esto non illis solis, aut etiamsi sine illis alia etiam & sufficienter moverent: item si scalam furi teneas, unde audaciùs & faciliùs pergit, esto etiam te non tenente perrecturus esset: si rem furtivam gestare juves, esto fur sine te solus ferret: si vigilias agas, ne fur deprehendatur, esto nemo compareat, &c. Secùs esset, si tua actio non influeret, vel influeret tali modo, ut damnum passus non possit de te conqueri, sed potiùs gratias agere debeat: v.g. si ad impediendum furtum gravius suaderes minus furtum. item, si non concurreres nisi ad partem, ut si furanti equum suaderes, ut etiam ephippium acciperet & frænum. tunc enim solùm ad partis restitutionem tenereris: item si non concurreres nisi ad aliquam circumstantiam, ut si furaturo cras, suaderes ut hodie furaretur; tunc enim, si tantùm conditionatè suaderes, non tenereris nisi quantùm damni superadderet acceleratio furti, vel quantùm valere poterat spes furti crastini, fortè impediendi.

373. QUÆRITUR 2. Et in specie de Mandante, quandonam obligetur ad restitutionem. ℞. Obligari, si ejus mandatum adhuc objectivè influat in operationem mandatarii damnificantis. Unde nisi ità revocatum sit, ut mandatarius seriò credat revocari, semper influit, & consequenter obligat ad restitutionem. Ratihabitio autem ex postfacto superveniens, nec Jurisfictione potest in foro Conscientiæ ad hunc effectum retrotrahi, cùm requiratur verus influxus. Sed nec leges ad hunc effectum aliquid statuerunt, sicut statuerunt in contractibus.

Hinc patet, quid dicendum sit de Consentiente. Si enim suo consensu influat in damnificationem, sicut v.g. Princeps, à cujus consensu pendet validitas sententiæ, tenebitur ad restitutionem; secùs, quando non influit, sed impertinenter se habet.

374. Huc pertinet obligatio restituendi quam contrahunt Consiliarii vel Electores, quando suâ injustâ Electione vel sententiâ sunt causa damni. Quando verò aliquis fert iniquum suffragium, postquam numerus suffragiorum sufficiens jam erat irrevocabiliter obtentus, talis suo suffragio non censetur influere in damnum, & ad nihil tenetur.

375. QUÆRITUR 3. Quis nomine Palpatoris intelligatur. ℞. Intelligi adulatorem, qui suis laudibus animat alium ad damnificandum. Huc etiam pertinent illi, qui probris, vituperiis, irrisionibus causam dant, ut alius alteri damnum inferat.

376. QUÆRITUR 4. Ad quid teneatur Consulens. ℞. Teneri ad restitutionem damni, si suo consilio, hortatu, precibus, instructione, permovit alium ut damnum inferret. Et quidem inter Consulentem & Mandantem est hoc notabile discrimen, quòd si Mandatarius damnum inferat post mandatum sufficienter revocatum, liberetur Mandans, non item Consiliarius, etiamsi consilium datum revocet, si illud semel datum influat. Ratio discriminis ulterior est, quia consilium datur gratiâ alterius qui illo utitur ut suum negotium gerat non Consiliarii: Mandatum verò est præcisè ratione mandantis, cujus negotium gerat Mandatarius, & operetur dum voluerit mandans.

377. QUÆRITUR 5. Quandonam Receptores furum ad restutitionem teneantur? ℞. 1. Quando furti & furis tutelam intendunt, sicque impediunt, ne dominus rem suam recipiat. 2. Quando advertunt, hac ratione furem animari ad multiplicanda furta, nisi habeant causam excusantem ab hujusmodi receptione, qualiter aliæ actiones secundùm se indifferentes excusari solent à peccato.

378. QUÆRITUR 6. Quinam hîc dicantur *Participantes*? ℞. Non intelligi illos qui sine cooperatione aliquid ex furto consequuntur, nam de istis jam suprà dictum est, quousque vel ex re accepta, vel ex injusta læsione teneantur: sed intelligi illos qui cooperantur ad furtum: v.g. qui rem furto ablatam sciens vendit: qui subministrat instrumenta pro aperiendis januis, &c. qui scalas applicant, qui vigilias agunt, &c.

379. QUÆRITUR 7. Quinam concurrant negativè ad injustam læsionem. ℞. Eos, qui cùm possent, & ex officio deberent impedire, non impediunt: hujusmodi sunt: non clamantes, non monentes, non defendentes, non repellentes, non custodientes, non revelantes, cùm deberent: & isti etiam ad restitutionem tenentur per se loquendo, nisi excusentur ob difficultatem impediendi furtum, quæ pensari debet comparando cum gravitate obligationis quam habent: nam de his omnibus cum proportione discurrendum est, sicut in aliis quæstionibus similibus discurrebamus, nec enim omnia sunt repetenda.

380. QUÆRITUR nunc 8. Quo ordine, & in quantùm prædicti cooperatores teneantur restituere. Certum enim est, aliquos teneri

teneri restituere immediatè, aliquos non nisi in defectum aliorum, qui quidem tenentur immediatè, sed vel non possunt, vel nolunt restituere. certum itidem est, aliquos non teneri restituere nisi partem, etiam in defectum aliorum, alios verò teneri restituere totum damnum, & quidem vel immediatè solos, vel saltèm in defectum aliorum, qui suam partem vel nolunt, vel non possunt restituere. His positis, Respondendum, &

381. DICENDUM est primò. Causa physica principalis damni illati, qualis est, quæ operatur effectum suo non alterius nomine, hoc est, non vigore mandati, tenetur primo loco ante causam moralem, qualis est causa suadens, consulens, nisi causa moralis fraude causam physicam induxisset ad damnificandum: tunc enim ipsa primo loco teneretur, quia propter injuriam causæ physicæ illatam obligatur hanc causam indemnem præstare. Idem dicendum est, si ex culpabili inconsiderantia, aut ignorantia, consuleret actionem injustè damnificativam, causa physica verò, aut causa mandans executionem consilii tertio, bonâ fide sequeretur consilium. Ratio Conclusionis est, quia tales causæ morales non nisi secundariò concurrunt, & causa physica, cujus negotium geritur, est causa principalis, & vult in se suscipere totam obligationem restituendi. Ergo vera est pars prima Conclusionis. Secundæ partis, seu exceptionis ratio jam est reddita, & confirmatur, quia tunc damnificatio quatenus est injusta, non est voluntaria nisi consulenti. Rectè autem observat P. Molina, Consiliarios Principum posse ex hoc capite teneri ad restitutionem primo loco, quin princeps teneatur, si v.g. dent consilium, ut injustum statutum condatur, ut tributum injustum, aut injusto modo, hoc est, non observatâ inter subditos debitâ proportione imponatur, ut bellum injustum inferatur, &c. Pari modo possunt obligari Advocati, Medici, Jurisconsulti, quos alii de rebus dubiis consulunt, item Confessarii, si consilium dent, vnde alii damnum patiantur injustum. Et hi quidem, si pro consilio salarium accipiant, non solùm tenentur de dolo, hoc est, culpâ latâ, & latissimâ, sed etiam de culpa levi, quia profitentur rerum, quas consulunt, notitiam; si verò nullum salarium habeant, nec ex consilio quærunt proprium emolumentum, tenentur solùm de culpa lata. Qui verò non profitentur notitiam rerum supra alios, & dant consilium damnosum, solùm tenentur, si culpam latam admiserint: hæc omnia semper intelligendo juxta superiùs probata, si nimirum culpa Theologica intervenerit.

382. DICENDUM 2. Causa Instrumentalis sive sit physica sive moralis, non tenetur nisi in defectum causæ Moralis Principalis, cujus nomine & auctoritate operatur, ut sunt: mandans, cogens minis, aut auctoritate impellens. Excipe tamen, nisi res injustè ablata existat apud causam instrumentalem, aut hæc inde locupletior facta sit, aut rem ablatam propriâ auctoritate absumpsit: tunc enim quoad hæc tenetur æquè immediatè restituere ac causa principalis.

383. DICENDUM 3. Causæ negativæ damni alieni, non tenentur nisi in defectum causarum positivarum. Ratio est, quia non tenentur aliter, nisi in quantùm alienum damnum non impediebant quod impedire tenebantur: ergo obligatio restituendi supponit damnum illatum & necdum compensatum esse ab alio: ergo ad nihil tenentur nisi ex hypothesi, quòd causæ positivæ non satisfecerint. Porrò comparando has causas negativas inter se (sicut & instrumentales inter se) omnes æquè immediatè tenentur, nisi una influxisset mediante aliâ, tunc enim secundùm priores conclusiones & regulas discurrendum esset.

384. DICENDUM 4. Quando plures causæ executivæ simul æqualiter damnum inferunt, ità tamen, ut sint causæ partiales, partialitate non solùm effectûs, sed etiam causalitatis, hoc est, ità ut una non sit concausa damni ab altera causa illati, v.g. plures simul ingrediuntur vineam, non ex communi consilio, sed disparatè, ità ut unusquisque per se ingrediatur, non motus ingressu aliorum, tunc quivis solùm tenetur ad restitutionem partis damni à se dati, nec tenetur in defectum aliorum: secùs si fuit etiam causa damni ab altero dati, tunc enim, saltèm aliquando, tenetur in solidum in defectum alterius causæ, ut dicemus.

385. DICENDUM 5. Si quis simul & aliorum & suo nomine damnum inferat, æqualiter tenetur cum cæteris: v.g. si plures simul communi consilio & assistentiâ aggrediuntur Paulum, tunc qui prior occidit, non tenetur solus, sed etiam reliqui, si eorum etiam nomine occidit, sicut reverâ præsumitur occidisse, quia sese invicem quasi pro instrumentis constituerunt, ut qui primus posset occideret in suum & sociorum finem, & commodum, seu ex communi intentione.

386. DICENDUM 6. Restituente causâ primò obligatâ, reliquæ secundo loco obligatæ ad nihil tenentur, quia tenentur tantùm in defectum primæ causæ. Si verò causa secundo loco obligata restituit, obligatur causa primaria illi secundæ causæ resarcire, sicut debitor principalis fidejussori. Patet ex dictis.

387. DICENDUM 7. Causæ æquè immediatè simul concurrentes, & obligatæ, non semper tenentur æqualibus portionibus restituere, sed sæpè inæqualibus, pro majore vel minore influxu & concursu moraliter æstimato: v.g. qui scalam solùm admovet, minùs censetur influere, minúsque opis conferre, quàm qui consilium dat, aut modum furandi ostendit. Quæ autem in hoc sit proportio observanda, non potest

potest facilè universali regulâ definiri. Arbitror illam ipsam esse, quæ observaretur, si ex illa summa furto sublatâ, deberet fieri remuneratio operæ collatæ à singulis secundùm æstimationem operæ.

388. DICENDUM 8. Probabile est, illam causam partialem, quæ ità influit, ut tamen sine ea etiam fieret effectus à cæteris concausis, non teneri in defectum aliarum caussarum restituere totum damnum. Ità Card. de Lugo. Ratio est, quia ideo videntur alii teneri in defectum aliorum, quia ità influxerunt, ut sine suo influxu damnum non fuisset datum; adeoque licet singuli soli non causaverint, potuissent tamen singuli, si voluissent, effectum impedire: atqui hoc non verificatur in illa causa, de qua loquitur Conclusio. Ergo, &c. Et hæc de obligatione restituendi pro damno illato, independenter ab omni Iudicis sententia. Loquendo de Iure positivo Mandans, & Mandatarius in delictis pari pœnâ plectuntur. *L. 1. §. 12. ff. de vi & vi armata. Dejecisse autem & is videtur, qui mandavit, vel jussit, ut aliquis dejiceretur, parvi enim referre visum est, suis manibus quis dejiciat, an verò per alium.* & *l. 3. §. 10. eod.* Idem dicitur, sicut & aliis Iuribus passim. Sed hæc ad Ius Criminale spectant.

CONTROVERSIA VIII.

Quæ Circumstantiæ observandæ sint in Restitutione.

SVMMARIVM.

Quo loco facienda sit Restitutio debitorum ex delicto. 389.
Cum quanto suo damno teneatur restituere debitor ex delicto. 390.
Quo loco, & cujus expensis restituenda sit res, quæ debetur sine delicto, secluso contractu. 394.
Quo loco restituendum sit debitum ex contractu. 395.
Quando quis loco debito non solvit, datur contra eum actio, ubicunque morabitur. 396.

389. QUÆRITUR 1. Quo loco facienda sit Restitutio debitorum ex delicto. ℞. Eo loco, in quo si non fieret restitutio, non redderetur omnino indemnis creditor: ad hoc enim unicè in tali restitutione attendendum est, ut creditor vi restitutionis ità se habeat, vel formaliter, vel æquivalenter, quantùm fieri potest, acsi nunquam damnificatus fuisset.

390. QUÆRITUR 2. Cum quanto suo damno, vel expensis teneatur in conscientia restituere debitor ex delicto. Pro responsione notandum est, non esse præcisè materialiter spectandam quantitatem expensarum, & cujuscunque alterius damni per restitutionem incurrendi ultra carentiam illius, quod restituendum est, sed comparativè ad subjectum: fieri enim potest, ut respectu Petri damnum centum florenorum quadruplo pluris æstimandum sit, quàm respectu Pauli, sive id proveniat ratione damni emergentis, sive ex eo, quòd per restitutionem cum tanto damno incideret in statum miserum, in quem non incideret creditor suus, etiamsi quadruplo plus damni subiret. Eodem modo debet considerari damnum creditoris respectivè ad damnum debitoris, comparando utriusque bona inter se. Hoc posito.

391. Cajetanus, Armilla, Navarrus, Medina, Vasquez, duram valde sententiam tenent, nempe, rem, etiam non magni valoris, esse restituendam ex Iustitia (nisi per Epiickiam aliud de voluntate Creditoris præsumi possit) cum quantumvis magno damno debitoris, v. g. unus florenus etiam cum jactura centum millium, si aliter restitui non possit. Quæ sententia jam est deserta. Quare DD. communiter agnoscunt, dari aliquam certam quantitatem damni, seu expensarum, quæ si compararetur cum re restituenda, excuset ab obligatione restituendi etiam invito creditore, quia esset irrationabiliter invitus. Solent itaque DD. ex principiis generalibus jam suprà expositis varias quantitates assignare, cum quibus ad Quæsitum

392. ℞. 1. Si quantitas damni, vel expensarum non excedat duplum ipsius summæ restituendæ immediatè ipsi creditori, non excusari debitorem à restitutione immediatè facienda.

℞. 2. Ad differendam restitutionem cum spe postea restituendi sufficit, si damnum, quod ex restitutione nunc facienda pateretur debitor, excedat quadruplum illius damni, quod restitutionis dilatio secum affert creditori, sin minùs, tunc non excusatur, quin statim restituere teneatur.

393. ℞. 3. Etiamsi debitor excusetur ab immediata restitutione propter damnum expensarum, si tamen nulla sit spes postea immediatè restituendi, possit autem fieri restitutio mediata, hoc est, dando pauperibus, vel ad alias pias causas: tenetur sic restituere.

℞. 4. Ut debitor ex delicto excusetur penitùs à restitutione, debet damnum excedere quadruplum summæ restituendæ. Ratio videtur posse desumi ex eo, quòd Iura puniant etiam furtum pœnâ quadrupli: neque iniquum videtur, si natura potiùs exigat quadruplum damnum à nocente, qui se sponte in tale periculum conjecit, quàm permittat simplum pati innocentem. Monet tamen Lugo in casu, quo debitor non tenetur restituere, injungendum illi esse, ut saltèm oret, aut alia pia opera faciat, aut fieri curet pro creditore.

℞. 5. Quando ob gravitatem damni non potest restitui totum, potest tamen cum damno minore restitui pars, hæc restituenda est.

394. QUÆ-

394. QUÆRITUR 3. Quo loco, & cujus expensis restituenda sit res, quæ sine delicto debetur ex re accepta, secluso contractu. ℞. Esse restituendam eo loco, ubi detinetur, & expensis ipsius creditoris: quod si propter expensas non expedit illi immediatè restitui, restituenda est secundùm illius intentionem, vel exploratam, vel præsumptam, & meliore modo, quo potest sine damno restituentis. Quod si majoribus sumptibus opus esset, quàm sit valor rei, neque spes esset, quòd posset asservari in aliud tempus, quò ad Dominum perveniri posset, tunc poterit de illa disponi, quomodo infrà tract. 5. dicemus disponi posse de bonis inventis.

395. QUÆRITUR 4. Quo loco restituendum sit debitum ex contractu. ℞. De hoc dicendum in propriis locis, quando agetur de contractibus. Breviter nunc ℞. In hoc maximè attendendam esse praxin locorum, vel intentionem, pactum, aut naturam contractuum, & secundùm hæc restituendum. Absque his, regulariter loquendo solutio debiti provenientis ex contractu tali, in quo non redditur unum pro alio, ut ex donatione, legato, &c. fit sufficienter restitutio in loco debitoris, vel ubi res est, quando donatur. In contractibus verò, in quibus eadem res in specie (ut Juristæ loquuntur, Philosophi dicerent in individuo) reddenda est, ut Depositi, Commodati: restituenda est, ubi res fuit deposita, commodata. Denique in contractibus, in quibus non redditur idem numero, sed aliud pro alio, v.g. in Mutuo, traditio rei facienda communiter videtur in loco, ubi contractus celebratus est.

396. Observo insuper, quòd quando quis in loco debito non solvit, detur adversus eum actio ubicunque commorabitur, quâ petitur, ut solvat, quantùm intererat creditoris, fuisse solutionem factam in loco debito. Ità habet Lex. 1. ff. de eo, quod certo loco debetur. *Alio loco, quàm in quem sibi dari quisque stipulatus esset, non videbatur agendi facultas* (actione directâ) *competere: sed quia iniquum erat, &c. non posse stipulatorem ad suum pervenire, ideo visum est, utilem actionem in eam rem competere.* Quod si verò per creditorem steterit, quò minùs rem, aut solutionem ibi reciperet, ubi solvendum erat, competit debitori actio adversus creditorem, ut tantum detrahatur de debito, quantùm debitoris intererat, solutionem eo loco factam fuisse. Ità habetur l. 2. eod.

De circumstantia temporis, quando nimirum sit facienda restitutio, nihil occurrit addendum, sed conformiter ad ea, quæ tum hic de loco, tum superiùs, quando actum est de præcepto restitutionis, an sit negativum, procedendum, & discurrendum est.

CONTROVERSIA IX.

Cujusnam damno pereat, si res restituenda pereat, antequam perveniat ad creditorem.

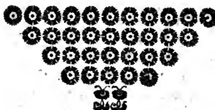
SUMMARIUM.

Res non debita in individuo debet ad manus creditoris pervenire, alioquin perit debitori. 397.
Quid si res in individuo debeatur, & interveniat injusta detentio. 398.
Quid si pereat sine culpa debitoris. 399.

397. DICENDUM est 1. Quando id, quod debetur, non est debitum in individuo determinato, non est satisfactum debito restitutionis, quamdiu, quod restituendum est, non pervenit ad manus creditoris, vel ejus, qui sit loco creditoris. Unde si debitor ipse elegit nuntium, per quem mittit rem, ipsius periculo mittitur. Probatur. Quia debitor non habet obligationem ad hoc determinatum individuum restituendum, sed ad restituendum in specie, per quodcunque tandem individuum: ergo non extinguitur obligatio, si pereat hoc numero individuum, antequam perveniat ad creditorem, sicut non extingueretur, si periret, antequam ullo modo ad creditorem destinaretur.

398. DICENDUM 2. Si res eadem in individuo est restituenda, & intervenit injusta detentio, tunc discurrendum est juxta ea, quæ superiùs dicta sunt, de re peritura, vel non peritura similiter apud Dominum, seu creditorem. Si ergo injusta detentio fuit causa seu occasio, ut periret apud injustum possessorem, non peritura similiter apud Dominum, perit debitori. Videantur ibi dicta.

399. DICENDUM 3. Si verò nulla injusta detentio intervenit, tunc si pereat absque ullâ culpâ debitoris, perit creditori, & debitor penitus liberatur. Ratio est, quia tunc se res habet, acsi periisset sine culpa & casu fortuito, antequam ad Dominum destinaretur, quo casu constat ex dictis, perire Domino.



CON-

CONTROVERSIA X.

Quonam Prioritatis jure & ordine veniant Creditores, si Debitor non est omnibus solvendo.

SUMMARIUM.

400. SUb hoc titulo veniunt plura dubia valde practica, & quæ maximè locum habent in Processu Edictali.

DUBITATUR 1. Quando res aliqua in individuo determinato est obnoxia restitutioni, quæ adhuc exstet apud debitorem, an ex illa possit fieri restitutio, seu solutio indifferenter & promiscuè creditoribus, vel an præferendus sit ille creditor, cujus debitum in tali individua re fundatur. In hoc puncto

401. Certum est, quòd quando dominium illius rei mansit penes creditorem, debeat illi præ omnibus aliis creditoribus quantumvis privilegiatis restitui: solutio enim non potest fieri ex bonis alienis invito Domino, sed debet fieri ex patrimonio debitoris. Difficultas est, quando dominium fuit à creditore translatum in debitorem, tunc quæritur, si emptor necdum solvit, v.g. equi jam sibi traditi pretium, & cogatur solvere debita sua, nec possit tamen omnia, an equum emptum debeat præ omnibus reddere venditori, vel possit, aut quandoque teneatur etiam aliis inde solvere.

402. Prima sententia docet, venditori competere talem prælationem, propter tacitam hypothecam, quam habet in re vendita, quando rem venditam tradidit sequendo fidem emptoris. Ità post alios Lessius, & Rebellus. Respondendum tamen est negativè cum Vasquez, Molina, Lugone. Ratio est, quia ut in casu ponitur, dominium rei venditæ, ità transfertur in emptorem, ut possit de illa disponere etiam alienando, prout voluerit. Atqui hoc non posset, si illa res esset hypothecata specialiter venditori, imò posset equum illis actionibus (v. g. actione quasi Servianâ) prosequi, quæ hypothecario conceduntur, quod tamen apud Juristas esset inauditum in casu quæstionis. Ergo nulla talis hypotheca subest, quia nullo Jure probatur, de quo iterum dicetur in tr. de Empt.

403. DUBITATUR 2. An debita ex delicto præferenda sint debitis ex contractu. Affirmat S. Thomas, sed communis sententia meritò negat, quia nec Iure positivo hoc statutum est, nec ex Iure naturali deducitur.

404. DUBITATUR 3. An Creditori ex titulo oneroso sit priùs satisfaciendum, quàm Creditori ex titulo lucrativo, seu gratuito, seclusis aliis privilegiis. ℞. Affirmativè, & habetur *L. inter eos.* 19. §. *Is quoque. ff. de Re judicata. Is quoque, qui ex causa donationis convenitur, inquantum facere potest, condemnatur, & quidem is solus deducto ære alieno. & inter eos, quibus ex simili causa pecunia debetur, occupantis potior erit causa. Imò nec totum, quod habet, extorquendum ei puto, sed & ipsi ratio habenda est, ne egeat.* Ratio autem est in his verbis tacitè indicata. Quia nemo videtur se velle gratis obligare ad talem solutionem, vi cujus teneretur incurrere egestatem: atqui si æqualiter solvenda essent illa debita, jam ex tali solutione deberet egestatem pati ille, qui omnibus solvendo non est.

405. DUBITATUR 4. An, seclusis aliis privilegiis, (de quibus n. 22.) creditor, cujus debitum est tempore antiquius, sit posteriori præferendus. Negant multi, quos sequitur Mol. d. 536. §. *Quando creditores.* Quorum doctrina est propter auctoritatem tuta, & probabilis. Plures tamen & probabiliùs affirmant. Probatur auctoritate Bonifacii VIII. dicentis: *Qui prior*

tempore, potior jure. Reg. 54. de R. J. in 6. Unde si Leges Civiles aliud habent, curandæ non sunt, utpote à jure Canonico correctæ, & meritò, nam ipsa naturalis ratio contrarium suadet. Quando enim aliquis hodie se obligat Petro ad solvendos centum pro equo v. g. tunc utique obligat se, ad solvendum ex suis bonis disjunctim, nempe vel ex his, vel ex illis, tum jam habitis, tum acquirendis: ergo cum hac tacita conditione: si non erunt mihi bona A. solvam ex bonis B. &c. sicut, si quis se obligat ad tradendum vel equum A. vel equum B. obligat se sub hac conditione: si fortè periret equus B. ad dandum equum A. ergo non potest se secundo creditori obligare ad dandum equum A. in defectum equi B. talis enim obligatio esset de re illicita, non minùs, quàm si contractis sponsalibus cum Anna postea contraheres sponsalia de futuro cum Bertha, essent hæc secunda nulla, & de re illicita: sic ergo etiam illicitum esset se alteri obligare ad solvendum ex suis bonis disjunctim sicut priori: quia casu, quo non exstent bona alia, quàm quæ sufficiunt ad extinguendum debitum antiquioris creditoris, jam hæc sunt determinatè obligata priori, quia conditio est purificata.

406. QUÆRITUR tamen, an posterior Creditor possit bonâ conscientiâ in Judicio petere solutionem creditoribus prioribus non petentibus, & an per sententiam executioni mandatam acquirat privilegium prælationis & prioritatis. ℞. affirmativè. Nam Leges, quas infrà referam. n. 16. hæc ità statuerunt, tum in favorem authoritatis Judicis, tum ad stimulandam diligentiam creditorum, & remunorandam vigilantiam.

407. DUBITATUR 5. si apud debitorem exstent quædam certa bona, quæ in individuo pertinent quidem ad alium, sed omni adhibitâ diligentiâ nulla spes est resciendi Dominum aliquando, utrum debitor alioquin insufficiens debeat, & possit ex illis bonis solvere creditoribus certis? Negat P. *Molina l. c. §. quod usque adeo*; P. Lessius *l. 2. c. 15. dub. 1. n. 6.* putat (seclusâ Lege positivâ, quæ jubeat dari pauperibus) posse quidem ex illis solvi creditoribus certis, sed non teneri. Respondeo tamen, & posse, & teneri. Ratio primæ partis est: quia talia bona in tali statu sunt instar bonorum, quæ habentur pro derelictis, & fiunt primò occupantis, ut dicemus alibi cum Card. de Lugo & aliis: ergo potest ea sibi debitor appropriare: ergo ex illis solvere creditoribus certis. Ratio secundæ partis est. quia debitor tenetur sibi prospicere de mediis, ut sit solvendo: ergo in casu posito tenetur uti hac occasione sibi talia bona appropriandi: quâ appropriatione factâ tenetur inde solvere creditoribus certis.

408. Sed quid si id, quod debetur creditoribus incertis, non ampliùs exstet in se, adeóque creditores incerti tantùm habeant jus personale, suntne tunc in solutione præferendi creditores certi habentes etiam tantùm Jus Personale? ℞. Affirmativè. Ratio est, quia jus creditorum incertorum in tali casu, quo debitor non est solvendo, & creditores illi ignorantur, censetur extinctum, ut benè observavit Recentior quidam Hispanus, reddens bonam rationem. Jura in res sunt instituta, ut res suis dominis inserviant: atqui res non potest incerto domino inservire: ergo jus certi creditoris est præferendum juri creditoris incerti. Et hoc adeo verum putat, ut existimet, & meritò, adhuc in talibus casibus fore præferendos creditores certos incertis, etiamsi authoritate publicâ esset constitutum, ut debita incertorum creditorum essent solvenda Ecclesiæ vel Pauperibus. Rationem optimam dat. Quia jus positivum solùm tribuit pauperibus illud jus, quod ignoto creditori conveniт ante jus positivum, nam in ejus locum substituit pauperes. atqui ante jus positivum solùm competebat jus ignoto creditori post creditores certos: ergo post jus positivum conditum solùm competit pauperibus jus ad bona debitoris post creditores certos & notos. Confirmatur. quia non est cogitandum, quòd Jus positivum per talem constitutionem velit adferre præjudicium certis creditoribus: atqui si pauperibus conferret majus aut æquale jus cum creditoribus certis ad bona debitoris, afferret præjudicium, ut patet: ergo, &c.

409. Dices. Ergo etiam casu quo res domini incerti adhuc in individuo exstaret apud debitorem, posset inde solvere certo creditori, non obstante lege applicante illam pauperibus aut Ecclesiæ. ℞. Negando consequentiam. Quia per talem legem jam est præventus debitor in appropriatione, ac proinde non est ampliùs locus appropriationi.

DUBITATUR 6. Quo ordine solvendum sit de Jure communi creditoribus certis. ℞. Eos sequenti ordine venire. Si debitor defunctus est, primo loco solvendæ sunt expensæ funerales, item pro conscribendo testamento, faciendo inventario, & pro aliis similibus, quæ præcedere debent, ut reliquis creditoribus possit deinde solutio fieri. *L. penult. ff. de Religiosis, & sumptibus funerum, & ut funus ducere liceat. Impensa funeris semper ex hæreditate deducitur, quæ etiam omne creditum solet præcedere, cùm bona solvendo non sint.*

410. Secundo loco veniunt hypothecarii. *L. eos. 9. C. qui potiores in pignore habeantur. Eos qui acceperunt pignora, cùm in rem actionem habeant* (nempe hypothecariam) *privilegiis omnibus, quæ personalibus actionibus competunt, præferri constat.* quibus verbis ratio indicatur. Hypotheca enim est jus in re, quod creditori in rem suam à debitore collatum est, adeóque, ut Recentioribus loqui placet, est quædam servitus rebus ipsis imposita pro securitate solutionis, duratque usque

usque ad solutionem exhibitam, & rem ipsam comitatur.

Porrò inter creditores hypothecarios priùs est solvendum hypothecario antiquiori (nisi posterior alio privilegio gauderet) *L. 4. C. eod. Si fundum pignori accepisti, antequam Reipublicæ obligaretur, sicut prior es tempore, ità potior es jure.* Ubi contra quosdam glossa notat, quòd hoc etiam de generali hypotheca omnium bonorum intelligendum sit. & habetur statim L. 6. seq. *Si generaliter bona sint obligata, & postea res alii specialiter pignori dentur, quoniam ex generali obligatione potior habetur creditor, qui antea contraxit, si ab illo, priore tempore, tu comparasti, non oportet te ab eo, qui postea credidit, inquietari.* quâ lege movetur etiam in hanc sententiam Hunnius in Treut. *d. 24. th. 6. q. 33. in fine.*

411. Excipitur ab hac regula casus, qui habetur Lege 7. C. eodem. *Licet iisdem pignoribus multis creditoribus diversis temporibus datis priores* (tempore) *habeantur potiores, tamen eum, cujus pecuniâ prædium comparatum probatur, quod ei pignori esse specialiter obligatum statim convenit* (secus si inter illos non sic convenisset) *omnibus anteferri juris auctoritate declaratur.* Similes ferè duo casus excipiuntur in L. 5. & 6. ff. eod. tit. nempe qui mutuavit pecuniam ad reficiendam rem jam antè oppignoratam, quæ alioquin periret: item qui mutuavit pro mercium vectura, vel conductione ædium in quibus merces asservarentur, quæ jam antè oppignoratæ erant. *Interdum* (inquit Ulp.) *posterior potior est priore, ut puta in rem istam conservandam impensum est, quod sequens credidit, &c. hujus enim pecunia salvam fecit totius pignoris causam. Item si quis in merces sibi obligatas crediderit, vel ut salvæ fiant vel ut naulum exsolvatur.* Denique est casus exceptus in L. 12. C. eodem. nempe. Mulier in dote præfertur omnibus creditoribus prioribus tacitam hypothecam habentibus: dixi: *tacitam.* nam non præferri illis, qui hypothecam expressam priorem habent, tradit glossa, & dicam infrà agens de dote. In prioribus autem casibus hypothecarius posterior præfertur prioribus etiam expressam hypothecam habentibus.

412. DUBITATUR tamen, utrum Regula tradita de prioritate temporis etiam procedat, si hypotheca tempore prior sit tacita, & posterior expressa. Negant Navarrus & Sylvester. Rectiùs affirmat P. Lessius, post Covarruviam *l. 1. variar. c. 7. n. 2.* (quamvis non videam quomodo id colligant ex *L. Hac edictali 6. §. His illud adjungimus. C. de secundis nupt.*) exceptis casibus in jure declaratis, qualem paulò antè retulimus de dote uxoris. tales enim exceptiones firmant regulam in contrarium. Quando ex pecunia pupilli res empta est, præfertur pupillus omnibus in recuperatione pretii. *L. 6. C. de servo pignori dato. Si tutor tuus de pecunia tua servos emptos manumisit, quoniam hujusmodi servi sicut cæteræ res pupillaribus pecuniis emptæ jure pignoris obligati sunt, favore pupillorum liberi facti non sunt.* Similem prælationem habet eti m ante dotem, qui credidit pecuniam ad militiam. *Nov. 97. c. 4.* ibi. *Sancimus, si quis crediderit aurum occasione militiæ, & expressim hoc ipsum scribatur in instrumento, & in hoc fiat pactum, ut casu proveniente prior sit solus, qui hoc credidit, & huic solo casu cedere mulierem.*

413. Contra id quod diximus, hypothecam etiam generalem priorem præferri speciali posteriori (per se loquendo) objici posset cum Sylvestro Lex 2. C. de Pignorib. & hypoth. ubi dicitur. *Quamvis constet specialiter quædam & universa bona generaliter adversarium tuum pignori accepisse, & æquale jus in omnibus habere; jurisdictio tamen temperanda est: ideóque si certum est, posse eum ex his quæ nominatim ei pignori obligata sunt, universum redigere debitum: ea quæ postea ex iisdem bonis pignori accepisti, interim tibi non auferri, præses provinciæ jubebit.* ℞. Ex casu à glossa formato constare legem aliud non velle, quàm, quòd pignus posterius debeat salvum manere, si priori creditori habenti generalem hypothecam, & etiam specialem in alia re, quæ à tuo pignore distincta sit, possit ex illa speciali plenè debitum solvi: ac proinde ille non possit vi suæ generalis hypothecæ impedire tuam specialem, quantumvis illa sit prior. Ex hoc ipso autem potiùs argumentum sumitur contra Sylvestrum, nempe à contrario: quòd si hypotheca specialis non sufficeret, deberet etiam ratione generalis hypothecæ præferri.

414. QUÆRITUR hîc, an, si quis creditori tuo habenti hypothecam in bonis tuis, solvat debitum, an, inquam, hoc ipso succedat in Jus prioritatis, quod ille creditor habuit, ità ut aliis creditoribus in eodem pignore sit prior? ℞. Succedere solùm in duobus casibus. primus habetur *L. 1. C. de his qui in priorum creditorum locum succedunt.* nempe si creditori ipsi solverit eo pacto, ut in ejus locum succederet. *Non omnino succedunt in locum hypothecarii creditoris hi quorum pecunia ad creditorem transit. Hoc enim tunc observatur, cùm is qui pecuniam postea dat, sub hoc pacto credat, ut idem pignus ei obligetur, & in locum ejus succedat.* alter casus habetur Lege penult. eod. tit. nempe si pignus emerit à debitore eâ conventione, ut pretium ad priorem creditorem perveniret, & reipsa pervenerit. *Si potiores creditores pecuniâ tuâ dimissi sunt, quibus obligata fuit possessio, quam emisse te dicis, ità ut pretium perveniret ad eosdem priores creditores, in Ius eorum successisti: & contra eos, qui inferiores illis fuerunt, justâ defensione te tueri potes.*

415. QUÆRITUR adhuc difficiliùs: an, si debitor solvit posteriori creditori, & non ex Iudicis sententia, sed sponte, prior creditor habens Ius Prælationis possit à creditore posteriore solutum repetere? Negat Fulgosius *in L. pecunia.* & Bal-

dus *in L. ubi adhuc. C. de Jure dot.* Affirmat tamen probabiliùs Benedictus Stracha præcipuè ob textum apertum & cæteris posteriorem *in L. ult. §. 6. Cod. de Iure deliber.* ibi. *Sin verò hæredes res hæreditarias creditoribus hæreditariis pro debito dederint in solutum, vel per dationem pecuniarum satis eis fecerint, liceat aliis creditoribus, qui ex anterioribus veniunt hypothecis, adversus eos venire, & à posterioribus creditoribus secundum Leges eas abstrahere, vel per hypothecariam actionem, vel per condictionem ex Lege, nisi voluerint debitum eis offerre.* Aliud fortasse dicendum est, si prior creditor non fuit hypothecarius, sed privilegiatus personalis ob *L. qui autem §. 6. & §. sciendum. ff. quæ in fraudem creditorum, &c.* ibi. *Sciendum, Julianum scribere, eóque Iure nos uti, ut qui debitam pecuniam recepit, antequam bona debitoris possideantur, quamvis sciens prudénsque, solvendo non esse, recipiat, non timere hoc edictum, sibi enim vigilavit.* Idem habetur in *L. pupillus. eod.* & ità quoad hoc ultimum sentit P. Molina l. c. § hoc loco.

Hactenus de Iure prioritatis in hypothecâ fundato dictum est. Nunc de prioritate aliorum privilegiatorum agendum est.

416. Tertio itaque loco veniunt solvendi creditores non quidem habentes hypothecam, habentes tamen speciali prælationis privilegio sibi obligatam personam debitoris. Hujusmodi sunt, qui deponunt pecunias apud Depositarium publicum absque exactione usurarum, & cum translatione dominii. *L. si hominem. 7. §. 2. ff. Depositi vel contra. Quoties foro cedunt nummularii, solet primo loco ratio haberi depositariorum, non quos fœnore apud nummularios, vel cum nummulariis, vel per ipsos exercebant.* Plures hujusmodi privilegiatos refert glossa in *L. eos qui: junctâ glossâ in auth. Quo Iure C. Qui potiores.* Ubi bene explicat hanc auth. ne aliis Iuribus suprà relatis sit contraria, sed de his alibi.

Isti ergo creditores solvendi sunt post hypothecarios quidem, sed ante alios non privilegiatos, qui Chirographarii nuncupantur.

417. Quarto loco veniunt Chirographarii ex titulo oneroso. Quinto loco, ex titulo gratuito. His solutis, si quid reliquum est, pro hæredibus est quoad suam legitimam, vel Falcidiam detrahendam, ac denique pro Legatariis.

418. DUBITATUR 1. Utrum inter Creditores personales privilegiatos non hypothecarios locum habeat Regula Iuris sup. cit. *Qui prior est tempore, potior est Iure.* ità ut priùs illi solvendum sit, cujus debitum est antiquius. Idem quæritur de Chirographariis inter se comparatis, & collatis. Affirmant non pauci Theologi, quorum sententiam non esse improbabilem ait Lessius, qui tamen eam immeritò tribuit glossæ in illam Regulam, quæ loquitur de aliis omnino casibus, ut legenti patet.

419. Respondendum est negativè cum omnibus Iuris Interpretibus, quibus adhæret Molina, post Sylvest. & D. Antoninum. Ratio est. Quia Ius Prælationis inter creditores est privilegium Iuris positivi; ergo non est extendendum ultrà quàm à Iure conceditur: atqui non conceditur nisi hypothecariis ob rationem specialem superiùs allatam: aliis autem negat prælationem ratione antiquioris debiti. Ergo huic Iuris dispositioni insistendum est. Habetur expressè *L. Privilegia. 17. ff. de privileg. creditorum. Privilegia non ex tempore æstimantur, sed ex causa. & si ejusdem tituli fuerunt, concurrunt, licet diversitates temporis in his fuerint.* Loquitur autem de creditoribus personale privilegium habentibus, ut observat glossa. Item clarè ponitur in lege *Pro debito. 6.* Ubi postquam hypothecarii aliis præferuntur, de reliquis Creditoribus statuitur, æquali portione pro rata debiti quantitate omnibus creditoribus consulendum esse.

420. Rationes adversariorum nihil probant. Dicunt 1. Quò diutiùs creditor caruit suo, eò strictiùs ei debetur, & eò citiùs ei est restituendum. ℞. hanc esse petitionem principii: si ex dilatione debiti passus est creditor novum damnum, habet jus illud compensandi, sed non propterea prælationem habet. si nullum damnum passus est, malè infertur, illi strictiùs deberi; alioquin hoc argumento usuræ probari possent. Dicunt 2. Majori incommodo priùs est occurrendum: atqui is qui caret diutiùs suo, plus accepit incommodi: Ergo. Redit eadem responsio. Dicunt. 3. Quando prius debitum contrahitur, debitor est magis solvendo, quàm postea, quando nova debita accedunt: unde par esse videtur, ut primus creditor non fraudetur propter debita posteriora. ℞. Antecedens non esse universaliter verum: potest enim quis post contractum primum debitum, & ante contractum secundum factus esse ditior. Deinde consequentia tenet in illis qui habent jus in re, non in illis qui habent jus ad rem.

421. DUBITATUR 2. An quis possit propriâ auctoritate imponere posteriorem hypothecam cum jure prælationis ad antiquiores hypothecas. v. g. vendo fundum meo debitori, possumne imponere fundo hypothecam cum privilegio prælationis ad omnes hypothecas generales tacitas & expressas etiam privilegiatas, quibus bona debitoris subiacent. ℞. Affirmativè. Ità Negusantius, quem sequitur Card. de Lugo *d. 20. de Just. s. 5. n. 102.* Ratio est, quia quilibet transferens rem suam potest adhibere moderationes ad libitum retinendo sibi recursum ad illas pro casibus & eventibus certis. Neque in hoc fit ullum præjudicium aliis creditoribus hypothecariis, quia prælatio hypothecæ, quam ipsi habebant, non est nisi in bonis debitoris, quatenus ad dominium ejusdem pertinent, aut pertinebunt, non autem ad eadem, quatenus sunt alieni juris: atqui in casu nostro fundus non subjicitur dominio debitoris empto-

emptoris nisi ut aliquo modo juris alieni nempe hypothecari pro casu quo non esset solvendo, & cum prælatione: ergo alii creditores non habuerunt unquam hypothecam in hoc fundo cum prælatione ad venditorem.

422. Declaratur in exemplo manifesto. Quando testator rem suam relinquit hæredi cum gravamine fideicommissi, ità ut fideicommissarius non possit eam alienare, sed debeat alteri restituere suo tempore, creditores fideicommissarii, etiamsi habuerint anteriores hypothecas etiam generales, non acquirunt hypothecam in tali fideicommisso, vi cujus sint præferendi substituto hæredi, cui debent illa bona restitui. Sic se res habet in nostro casu.

423. DUBITATUR 3. An inter Legatarios præcisè quà tales sit aliqua prioritas observanda, si testator nullam instituit. Affirmant aliqui. Sed cum communi Theologorum negandum est, nisi præsumptio gravis esset de Intentione testatoris, quòd v. g. Legata pia voluerit, vel voluisset prùs solvi quàm profana; & sic hæc ipsa inter se comparando. Ratio est, quia prælatio non est asserenda, nisi quæ vel in Jure, vel in disponentis voluntate fundatur.

Placet ad calcem hujus capitis adjungere breviter ordinem prioritatis inter creditores observandum Jure Bavarico in Processu Edictali. Continetur autem classibus sequentibus.

Ad primam classem pertinent Expensæ Processûs, non merè summariè, sed specificè designatæ, & justam rationem non excedentes.

Ad secundam classem pertinent Impensæ funebres pro dignitate & facultatibus defuncti moderatæ, non immodicæ: quo tamen non spectant vestes famulorum, & quæ ad convivia paranda coëmpta sunt. In eadem classe sunt sumptus in Pharmacopolio (voluptuariis exceptis) durante morbo facti, quo debitor defunctus est. item Salaria medicorum & chirurgorum.

Ad tertiam classem pertinent Salaria seu mercedes famulorum unius anni: qui in ædibus, convictu & servitio debitoris commorantur.

Ad quartam classem pertinent mutuantes pecuniam vel materialia ad refectionem ædificii, vel aliarum rerum; item steuræ, & impositiones sive exactiones vulgo *Aufffchlag*, & quas debitor de suis bonis ipse debet; item frumentum sementarium mutuantes:, qui in fructibus ejusdem anni tacitam hypothecam & jus prælationis habent. Ad eandem classem pertinent mutuantes ad comparationem vel novam ædificationem ædium & similia, sibíque expressam hypothecam reservantes: item venditores reservantes expressam hypothecam in re vendita donec solvatur pretium. Posset hìc mirum videri, cur plus favoris exhibeatur illi, qui ad reparationem ædium dat mutuum, ut præferatur aliis, etiamsi non expressè hypothecam reservaverit, quàm illi, qui ad emendas vel ædificandas ædes conferunt, à quibus requiritur, ut expressam hypothecam constituant, alioquin non nisi nudis personalibus creditoribus præferendi. Solet communiter ex Ant. Fabro hæc differentiæ ratio assignari, quòd mutuantibus in reparationem aut conservationem rei obligatæ non sit datum privilegium ex favore ipsius causæ, sed propter favorem omnium creditorum, quibus salva efficitur pignoris causa, quod non est in ædificatione, quia præbet tantùm causam pignoris. Minus autem est pignus præbere, quàm salvum facere. Hoc ultimum non omnes capiunt. Ego aliam rationem darem. Quia magis interest Reipublicæ inveniri & allici homines, qui dent mutuum ad refectionem ædium, quàm ad ædificationem: quia conservatio est magis necessaria.

In hac ipsa quarta classe constituuntur Pupilli, Ecclesiæ, & alia pia loca, quorum pecunia ad novam ædificationem vel comparationem alicujus rei mutuata fuerit: his enim tacita hypotheca conceditur, & in hac quarta classe collocantur.

Ad eandem quartam classem pertinet Dominus fundi directus, qui in re Emphyteutica & fructibus præsentibus tacitam habet hypothecam cum annuo canone & aliis juribus ad proprietarium spectantibus. Quodsi canonem per triennium non exegerit, quoad unius duntaxat anni canonem habet prælationem, nisi Emphyteuta aut Colonus sterilitatem, incendium aut similem casum fortuitum passus esset, & hoc dominus probare posset. alioquin reliqui canones exstantes inter nuda & personalia credita computantur. In mobilibus rebus anteriores creditores expressam hypothecam habentes privilegium seu jus prælationis habent. Quod de domino directo dictum est, etiam de Domino Vogtiæ & pensitationibus illi debitis vulgo *Vogtey-Gülten* dicendum est, cum hoc tamen discrimine, quod dominus directus præfertur. Non est tamen hoc Ius prælationis extendendum ad alia bona Emphyteutæ, Coloni, aut Censuarii, sed ad illa sola, quæ ad dominum directum pertinent, vel ex quibus census debetur, & in quorum ædificationē aut reparationem vel comparationem dominus mutuum dedit.

Ad quintam classem pertinet Dos uxoris marito numerata, nisi creditores expressam hypothecam habentes essent anteriores. Propter alia tamen bona marito illata, si mobilia fuerint, uxor à tempore illationis, vel si immobilia divendita fuerint, à tempore accepti pretii: item propter Morgengebam & donationem propter nuptias à tempore nuptiarū tacitam quidem habet hypothecam in bonis mariti, nullam tamen prælationem. Vidua carens alimentis, donec Processus Edictalis finiatur etiam post annum, ad concurrentem æstimationem dotis pro facultatibus & dignitate mariti, ex bonis hujus est alimentanda,

mentanda, interim etiam in bonis mariti jus habet retentionis. Quidquid autem ultra alimenta percepit, de eo rationem reddet, & restituet, imò etiam cavebit, si ità Iudex ad instantiam creditorum arbitrabitur. Quodsi Dos aliàve bona marito illata, quando de prioritate agitur, adhuc exstent, tunc jure dominii ea retinet, nec de prioritate necesse est cum creditoribus contendere. Idem dicendum, si bona fuerint comparata ex pecunia dotali, nec possit mulier dotem ex bonis mariti aliter consequi.

Ad sextam classem pertinent Pupilli, Ecclesiæ, Xenodochia, Orphanotrophia, Civitates, Oppida, & aliæ Communitates approbatæ, item Confraternitates, quando ipsorum tutorum vel administratorum bona subhastantur.

Ad septimam classem pertinet Fiscus ratione contractûs, vel commissæ administrationis, & omnibus creditoribus anterioribus, qui solùm tacitam habent hypothecam sine Iure prælationis, præfertur. Præfertur etiam Fiscus illis creditoribus, quibus in genere quidem omnia bona debitoris expresè obligata sunt, sed in illis bonis, quæ debitor post susceptam Fisci administrationem primùm acquisivit, nullum Ius prælationis habent. Denique Fiscus doti, si ante numerationem debitor ipsi modò obligatus fuisset, præfertur. In bonis autem ex hæreditate, vel ex commisso, vel pœnali causâ provenientibus Fiscus nullum habet Ius prælationis ante alios creditores anteriores. Fisco æquiparantur quoad hanc classem Indictiones & Gabellæ statibus Provincialibus persolvendæ.

Ad octavam classem pertinent Creditores Hypothecarii: isti ergo, si fuerint anteriores, etiam Doti, Pupillo, Ecclesiæ, Xenodochiis, Communitatibus, & Confraternitatibus præferuntur (ut ex dictis patet) non item mutuantibus ad refectionem alicujus rei, nec Indictionibus atque Gabellis, nec mutuantibus frumentum sementarium, nec ad comparationem, aut ædificationem cum reservata hypotheca: nec quando res comparata est ex pecunia Pupilli, Ecclesiæ, vel similium, nec Domino fundi, Vogtiæ, ut etiam ex dictis liquet: sicut etiam constat de prælatione illius, qui pecuniam mutuavit in eum finem, ut inde creditori privilegiato satisfieret, reservatâ sibi hypothecâ illius creditoris.

Ad nonam classem pertinent, si per Notarios, vel alios habentes signandi facultatem, vel per ipsum debitorem instrumenta conficiantur, & coram sufficiente numero testium auctoritate Notarii muniantur, vel si instrumenta per debitorem ipsum, vel per habentes facultatē signandi confecta fuerint, à tribus testibus subscribantur: quibus in casibus hujusmodi obligationes validæ quidem sunt, obligationibus autem, vel instrumentis coram Magistratu confectis post: & in classe nona ponuntur: attamen etiam doti, Pupillo, Ecclesiis, Xenodochiis, Communitatibus, Fisco, Indictionibus & Gabellis, si antiquiora sunt instrumenta præferuntur. Plebeiorum, & Rusticorum instrumenta, seu obligationes semper coram Magistratu conficienda sunt, alioquin eorum debita personalia tantùm, & non hypothecaria censebuntur. Inter hypothecarios in hac & præcedente classe positos, qui prior est tempore, præfertur. Positi verò in classe nona nunquam præferuntur positis in classe octava, etiamsi tempore priores essent.

Universim autem hoc jure statutum est art. 25. ut quando in una classe plures creditores ejusdem conditionis, sive naturæ concurrunt, tunc is, qui prior est tempore: si verò diversæ sint conditionis, is qui in ordine hujus processûs edictalis prior est, præferatur. Si quis verò cum reservatione hypothecæ ad emptionem, sive comparationem alicujus rei pecuniam mutuaverit, & in eundem finem pecunia pupillaris adhibita fuerit, tunc isti duo in sua classe æqualiter ponantur. At si quis antea hujusmodi rem debitori cum reservatione hypothecæ vendiderit, is duobus istis præferatur.

Ad decimam classem pertinent Creditores cæteri non quidem hypothecam, aliàs tamen privilegium prælationis habentes, qui non ex prioritate temporis, sed ex causa magìs privilegiata dijudicantur, & nudis creditoribus præferuntur.

Post creditores his classibus enumeratos veniunt Chirographarii creditores & alii nudi, sive simplices creditores, qui omnes æqualiter nullo temporis, vel quantitatis habito respectu pro rata portione concurrunt, & admittuntur, sed cum hac exceptione. Nam

Respublica si absque hypotheca Creditrix fuerit, ea nudis & simplicibus creditoribus præfertur. Item si quis ad rem aliquam comparandam absque reservatione hypothecæ mutuaverit: Item si sponsa ante nuptias sponso dotem numeraverit. Item qui mutuavit, ut Creditori privilegiato solveretur, non reservatâ hypothecâ. Item si quis ante processum edictalem sententiam pro se obtinuerit. Et denique si plures hujusmodi creditores diversæ conditionis concurrunt, eo ordine, quo hîc enumerati sunt, invicem præferuntur.

Art. 26. Constitutum est, ut si quis in aliqua re, priusquam in potestatem veniret illius obærati, cujus bona subhastantur, expressam vel tacitam hypothecam habuerit, talis præferatur omnibus creditoribus, si illi non possit ex aliis bonis debitoris, vel ab hæredibus & fidejussoribus ejus satisfieri.

Art. 27. Circa usuras statutum est, ut si plures usuræ, quàm unius anni persolvendæ exstent, & de illis creditor fidem habuerit, vel eas judicialiter non postulaverit, tunc cum sorte principali (esto instrumentum obligationis aliter sonet) tantùm unius anni usuræ, & quæ durante

rante processu edictali sorti accesserunt, decernantur: nisi creditor singulis annis Usuras judicialiter postulaverit, & hanc suam diligentiam docuerit, nec tamen Usuras annuas consequi potuerit, quo casu in eadem classe usuræ residuæ decernantur, prout in facti contingentia obtinuit Facultas Theologica Ingolstadiensis. De his omnibus videri possunt accuratissimi tractatus Arnoldi Rath, & Sebastiani Khraisseri, qui ea ad Ius commune examinârunt.

CAPUT IV.

DE JURIS REMEDIIS, QUIBUS SUCCURRITUR DEBITORIBUS CONTRA CREDITORES, ET ALIIS CAUSIS EXCUSANTIBUS A RESTITUTIONE.

CONTROVERSIA I.

Utrum Debitores sine culpa sua per hostilem incursum redacti ad tantam inopiam, ut solvendo non sint, possint incarcerari, vel saltèm compelli ad præstandas operas Creditori.

SUMMARIUM.

Morosus debitor potest mitti in carcerem tædialem, seu obedientialem. 425.
Qui contumax non est, non potest incarcerari. 426.
Limitatio quædam non admittitur. 427.
Potest Debitor pacto se obligare in casum non factæ solutionis ad præstandas operas. 428.
An possit Iudex ad instantiam creditoris compellere debitorem, qui non est solvendo, ad præstandas operas. 429.
Probabile est, Ius resistere hujusmodi addictioni, quæ alioquin Iure naturæ fieri posset. 430.
Aliud statuitur de Redemptis, aliud de debitoribus. 431.
Explicatur Lex 20. §. 2. ff. de acquir. hæred. 432.

424. Occasionem huic Controversiæ dedit facti species proposita Clarissimo viro D. Collegæ Casparo Manzio, & ab eodem resoluta *Dec.* 1. *Patrocinij Debit.* & est hæc. Civis quidam Augustanus credidit Anno 1630. rustico bis mille florenos, hoc pacto, ut spatio trium mensium post renuntiationem factam infallibiliter iterum pecunias ei restitueret. Post biennium accidit, ut Regis Sueciæ hostiles copiæ irruerent, totam viciniam devastarent, unde debitor ille ad tantam paupertatem redactus est, ut vix victum haberet, & agros (omnino steriles factos) colere non posset. Creditore deinde, post depulsos hostes, pecuniam repetente, excepit Debitor, jam non esse tempus solvendi, sed exspectanda meliora tempora. Quæsitum est, utrum hujusmodi debitores possint incarcerari, vel saltèm compelli ad præstandum operas & serviendum tantisper, donec creditori ut sic satisfiat.

425. Pro resolutione supponitur, quòd morosus debitor, & de quo verisimile est, quòd solvendo sit, possit mitti in carcerem, non quidem pœnalem, sed, ut vocant, tædialem, seu obedientialem, quod colligunt DD. *ex L.* 2. *C. de exactoribus tribut.* ubi Imp. Constantinus ad populum sic statuit. *Nemo carcerem plumbatarúmque verbera, aut pondera, aliáque ab insolentia Iudicum reperta supplicia in debitorum solutionibus expavescat. Carcer pœnalium, carcer noxiorum hominum est, &c. Securi juxta præsidem transeant solutores: vel certè si quis tam alienus ab humano sensu est, ut hàc indulgentià ad contumaciam abutatur, contineatur apertà & liberà, & in usum hominum institutà custodià militari.* Et licet Imperator loquatur de debitore Fisci, Besoldus tamen & C. Manzius etiam ad privatum extendunt, approbante consuetudine quotidianâ plurium Nationum.

426. Ex hac ipsa autem Lege per argumentum à contrario colligitur, eum qui contumax non est, incarcerari nec posse nec debere. Unde pro resolutione casûs subsumitur. Atqui qui notoriè solvendo non est, & quidem sine culpa sua, non est contumax, non enim ideo non solvit, quia non vult, sed quia non potest: ergo talis non est incarcerandus. Et hæc ratio mihi sufficit; alias rationes non moror nec contemno:

temno: nam licet plerumque verum sit, horum debitorum incarcerationem non servire ad obtinendam solutionem, eò quòd non habeant media: in multis tamen locis aliter se res habet, ubi nimirum pro hujusmodi incarceratis largæ impetrantur eleemosynæ; (ut Romæ videre licet) quibus sua debita possint expungere, & à carcere liberari.

427. Minùs adhuc assequor, cur doctrinam traditam limitari posse putet citatus auctor n. 93. Nempe ut incarcerari possit debitor ille, qui sic bonis suis exutus alios suos debitores eodem infortunio oppressos temerè vexet, & rigorosè exigat; probans hanc limitationem ex processu Evangelico Matth. 18. Nam, ut mihi videtur, hæc non est limitatio Conclusionis & doctrinæ positæ. Quia talis debitor, qui habet alios debitores, non est ex numero eorum, qui penitus solvendo non sunt; & ratione illius adhuc utilis est incarceratio, ut cedat actiones contra suos debitores quas habet, seu, ut offerat nomina certa & idonea suorum debitorum. Posset ergo talis incarcerari, non præcisè propter crudelitatem in debitores exercitam, sed propter contumaciam, sicut ille Euangelicus debitor incarcerari potuisset, nisi patientiam rogâsset. Post duritiem autem exercitam in conservum suum non ad carcerem tædialem, sed ad pœnalem damnatus est, traditus enim est tortoribus. Itaque: vel debitores debitoris ponuntur esse solvendo, vel non esse. Si primum, & sunt contumaces, jure agit petendo eorum incarcerationem à Magistratu: si non sunt solvendo, & à creditore propria auctoritate incarcerantur, meretur utique & ipse incarcerari, sed carcere pœnali, non tædiali, qui ob solam contumaciam infligitur. Et hæc de prima parte tituli.

428. Quoad 2. Partem tituli, conveniunt DD. posse debitorem pacto se obligare in casum non factæ solutionis tempore convento ad præstandas operas tamdiu, donec per earum valorem satisfiat creditori pro debito, perinde ac si illam pecuniam per modum anticipatæ mercedis accepisset. Ratio est, quia antecedenter ad contractionem debiti posset absolutè suas operas locare & in stipulationem deducere *L. 3. ff. de Vsu & Vsufructu, &c. Hominis quoque liberi operæ legari possunt, sicut locari, & in stipulationem deduci.* ergo etiam poterit sub conditione: si tali tempore non solverit. Unde etiam meritò infertur, non fore iniquum statutum, quo constitueretur, ut qui solvendo non esset, saltèm culpâ suâ, imò etiam sine culpa, ut, inquam, teneretur ad operas statui suo convenientes, & à debitore sine extraordinario gravamine, v. g. valetudinis, præstabiles præstandas: & hujusmodi statutum exstat in Iure Saxonico, ut refert Schneidewein §. *ult. Inst. de actionib. n.* 18. unde infert, quòd illo jure non sit locus beneficio cessionis bonorum.

429. Restat ergo Controversia inter ICtos, an secluso pacto & statuto possit Iudex ad instantiam Creditoris compellere debitorem, qui non est solvendo, ad præstandas operas & serviendum modo suprà dicto. Videtur autem mihi tota quæstio tandem eò reducenda, utrum tali addictioni jus positivum resistat. Si enim nullâ lege resisteret, non video, cur non posset authoritate Magistratûs talis addictio fieri; si enim hæc non posset fieri, deberet resistere Ius naturale; atqui hoc non resistit: non solùm enim non est iniquum, sed potiùs æquitati admodum consentaneum, ut homo viribus valens, & laboribus innutritus serviat ad tempus suo creditori, qui illi antea indigo gratis subvenit credendo, dandóque mutuas pecunias: deinde in plurimis casibus, ut in progressu videbimus, potest supplere Magistratus, & expedit ut suppleat voluntates subditorum: cùm ergo, ut vidimus, jura permittant, ut quis sponte se pro debito obliget ad operas hujusmodi præstandas, poterit utique cum æquitate naturali consistere, ut à Magistratu talis voluntas suppleatur, & jubeatur tales operas exhibere. Videndum ergo est, an Ius positivum ex quadam commiseratione erga debitores sine culpa insufficientes ad expungenda nomina & debita voluerit resistere addictioni talium ad operas.

430. Censeo probabilem esse plurium Iuristarum sententiam, quòd Ius tali addictioni resistat, & quidem in Lege *ob æs alienum* 12. *C. de obligat. & action.* quæ sic habet. *Ob æs alienum servire liberos creditoribus jura compelli non patiuntur.* Ubi per τὸ *servire* non tantùm intelligitur, *servum fieri*: sed etiam: ad serviles operas ad tempus obligari. Aliæ rationes quas Iuristæ quidam moderni ex indignitate rei, ex paritate incarcerationis, &c. deducunt ad longum, me nihil movent, quia plus probant, quàm ipsi velint, nempe, nullo statuto posse talem addicendi potestatem judicibus aut Magistratibus dari, quod tamen illi ipsi fieri posse affirmant. Imò tandem videntur ipsimet supponere, quod diximus, dum ad objectiones in genere respondent, *æquitatem non scriptam scriptæ legi succumbere & subjacere, & tunc tantùm universales illas æquitatis regulas attendi debere, cùm lex specialis deficit. cap. fin. de Transact.* quibus verbis manifestè fatentur, nullam fore iniquitatem, sic addici ad operas, si lex non obstaret. Argumenta itaque quæ pro illicita addictione adducunt ex rei indignitate, vel nihil probant, quia nimium probant, vel hoc solùm probant, quòd Legislatores Diocletianus & Maximianus rationabiles causas habuerint, suâ lege talem addictionem prohibendi. Vtrum autem Lex allegata ubique recepta sit, nihil possum affirmare. De Jure Saxonico jam dixi. Matthæus Brunus *q. 6. n. 7.* testatur se Romæ vidisse contrarium practicari.

431. Obji-

431. Objiciunt Adversarii 1. Redempti ab hostibus debent solvere pretium redemptionis, vel servire per quinquennium redemptori, alimenta autem eis præstita reddere non tenentur, ut habetur *L. fin. C. de Captiv. & postlim. revers.* (ità allegant adversarii, rubrica aliter est scripta: *de Postliminio reversis & redemptis ab hostibus.*) ergo idem de aliis debitoribus dici potest. ℞. Negando consequentiam, quia Jus aliud de Redemptis, aliud de debitoribus constituit. Et quidem causam diversam esse nemo non videt. Qui enim ab hostibus redimitur, à servitute vera redimitur, & libertatem recuperat, quæ inæstimabilis est *L. libertas 106. ff. de Reg. J.* & qui civiliter mortuus erat, vitam civilem statúmque recipit: ergo per Redemptionem quantumvis hac lege factam, ut per quinquennium serviret, plurimum lucratur: omnia alia contingerent in eo, qui sine culpa in egenorum numerum redactus ob debitum antè contractum servire cogeretur, sícque afflicto afflictio adderetur. Alia disparitatis ratio ponitur in l. 2. eod. *ab hostibus redempti* (inquit Gordianus Imperator) *quoad exsolvatur pretium, magìs in causam pignoris constituti, quàm in servilem conditionē esse detrusi videntur, &c.* deinde vocat *hoc naturalis pignoris vinculum.* Ecce! redemptus est quasi pignoris loco, quid mirum ergo, si à Redemptore detinetur, donec pignus luat?

432. Objiciunt 2. Ex *l. pro hærede 10. §. si quid tamen 2. ff. de acquirenda vel amittenda hæredit.* ibi. *cum petitio* (operarum) *etiam creditoribus competat, maximè futurarum.* unde glossa deducit, creditorem ad operas contra debitorem agere posse. ℞. Legem illam apertè loqui de Operis libertorum, quæ peti possunt à Creditore patroni (cujus debitor etiam est libertus) in casu quo potest debitor debitoris conveniri propter inopiam immediati debitoris, de quo est titulus C. *Quando Fiscus vel privatus debitoris sui debitores convenire possit vel debeat.*

CONTROVERSIA II.

Quinam & quomodo gaudeant Debitores Beneficio Cessionis.

SUMMARIUM.

433. Debitoribus illis, qui non in fraudem Creditorum sua bona dilapidarunt, neque sunt debitores ex delicto, succurritur Beneficio Cessionis bonorum *l. 1. C. qui bonis cedere possunt*: *Qui bonis cesserint, nisi solidum creditor receperit, non sunt liberati. In eo enim tantummodo hoc beneficium eis prodest, ne judicati detrahantur in carcerem.* hoc est, ut sua bona Iudici tradant, ut inde, quantùm substantia patitur, Creditoribus satisfiat, ità quidem, ut nec alimenta necessaria relinquantur de Iure, sed solus vilis vestitus, exceptis illis, qui adhuc alio privilegio muniti sunt, nempe Beneficio *Competentiæ*, hoc est, ut non possint in plus conveniri, quàm salvâ competente sustentatione præstare possunt. Pro cujus legitimo intellectu

434. Observandum est primò, debitorem debitis gravatum, & in Iudicio convictum nec de fuga suspectum habere sibi concessum à Iure spatium quatuor mensium, intra quod si Creditoribus non satisfaciat, urgentibus Creditoribus, Iudicis officio pignora capiuntur (quæ judicialia nuncupantur) hoc est, Iudex inquirit, an inter bona debitoris inveniat aliqua, quæ publicâ subhastatione vendi possint. *Lege. 2. C. de usuris rei judicatæ. Eos qui condemnati solutionem pecuniarum, quas dependere jussi sunt, ultra 4. menses à die condemnationis distulerint, centesimas usuras exigi præcipimus, &c.* Et siquidem sufficientia invenit, ea vendit, & inde satisfacit Creditoribus: quodsi verò non invenit, vel invenit quidem, sed non invenit emptores, eò quòd debitor non det fidejussores de evictione, tunc debitor, petentibus creditoribus, & nisi sit persona privilegiata, incarceratur tamdiu, donec Creditoribus satisfaciat. Hoc autem intelligendum est, juxta dicta præcedenti Controversiâ, de illis debitoribus de quibus non satis constat, síntne solvendo nec ne. Nam eos, qui notoriè solvendo non sunt, diximus ideo non posse incarcerari, quia non sunt contumaces. Porro personæ privilegiatæ sunt primò Mulieres honestè viventes,

quæ pro debito civili incarcerari non possunt. *L.* 1. *Junctâ auth. C. de Officio diversorum Iudicum. auth. hodie novo jure. C. de Custodia reorum.* Adeo ut multi velint, hoc verum esse, etiamsi mulier recuset bonis cedere. Idque colligitur ex Novella 134. cap. 9. *Necessarium verò credimus illud competenti adjutorio emendare, ut nulla mulier de qualibet re includatur, aut custodiatur: sed siquidem pro fiscalibus debitis, aut privatis pulsetur, secundùm Legem mulier, aut per virum suum, aut per se, aut per quam voluerit personam, legitimè respondeat, & transigat rem.* Quæ Constitutio cùm sit universalis, non satis video, quo fundamento restringat Covarruvias: *L.* 2. *variar. resol. c.* 1. *n.* 3. *Nisi debitum causâ criminis contractum fuerit.*

435. Secundò privilegiati sunt milites armatæ militiæ, qui non possunt conveniri ultra id, quod salvâ conditione suâ facere possunt. *L. Miles 6. & L. item Miles 18. ff. de re judic. Miles qui sub armata militia stipendia meruit, condemnatus eatenus, quà facere potest, cogitur solvere.*

Tertiò privilegiati sunt Nobiles & Illustres ex communiore DD. volentium, eos gaudere Beneficio Competentiæ.

Quartò privilegiati sunt alii in dignitate constituti, ut Doctores, & Professor. *L. Medic. 6. C. de Professorib.* ibi. *Nec ad judicium deduci, nec eximi, vel exhiberi, vel injuriam pati: ut si quis eos vexaverit, pœnâ arbitrio judicis plectatur.*

Quintò Clerici gaudentes privilegio fori: nisi de fuga suspecti essent.

436. Observandum 2. Pro debitoribus, qui juxta dicta incarcerari possunt, introductum esse remedium, seu beneficium flebile quidem & miserabile, ut possint unum ex duobus malis eligere, Carcerem, vel Cessionem bonorum, quâ possunt carcerem declinare. Hæc igitur Cessio duo operatur, primum est, quòd præstet debitorê immunem à carcere propter debita: secundum (& hoc magis universaliter, quia etiam in illis, qui incarcerari non possent) ut quoad bona quæ postmodum acquisituri sunt, non possint iterum cogi ad cedendum illis, sed ex illis solùm teneantur solvere restantia debita, quantùm commodè possunt: & ità de his bonis posterioribus, non verò de prioribus intelligenda est Lex. Qui bonis. *6. ff. de Cessione bonorum,* dicens. *Qui bonis suis cessit, si modicum aliquid post bona sua vendita acquisivit, iterum bona ejus non veneunt.* Quam Lessius perperam de bonis ante cessionem habitis intelligi posse putavit, ut etiam notavit P. Dicastillo.

437. Observandum 3. Inter illas etiam personas, quæ cæteroquin ratione carceris privilegiatæ non sunt, adhuc aliquod esse discrimen: nec enim universim omnes cogi possunt ad cessionem bonorum, vel carcerem sustinendum: excipiuntur enim Iure novo Novellâ 135. illi debitores, qui jurejurando affirmant, quòd nihil ad solvendum reliquum habeant, & præterea non suâ culpâ, & negligentiâ, sed ex accidenti adversis casibus, ut calamitate belli, incendio, naufragio, &c. ad inopiam redacti sunt.

438. Porrò Novellæ hujus Constitutionem hactenus DD. communi sensu arbitrati sunt illis solis beneficium conferre, qui penitus nihil ampliùs in bonis habent, idque videntur sonare verba. *Jusjurandum tamen per adoranda præbeat eloquia, quòd nullam rerum causâ occasionem, aut aurum reliquum habeat, unde æris alieni supplementum faciat.*

439. Verùm continuò se ingerit difficultas: quòd hoc modo intellectum beneficium evadere videatur planè ridiculum & nugatorium: qui enim nihil prorsus habet, quomodo bonis cedet? cessio enim bonorum debet esse præsentium non futurorum, nam futuris tantùm abest, ut quis cedere cogatur, ut potiùs in hoc consistat utilitas cessionis, ut bona futura acquirere possit cum beneficio competentiæ: ergo ille qui nihil penitus habet, bonis cedere non potest: ergo seclusâ omni constitutione & beneficio Imperatoris, si juret se nihil habere, neque apparet eum aliquid habere, non videtur posse cogi ad cedendum bonis cum aliqua utilitate creditorum: quid ergo beneficii consequitur ex Novella citata, in qua tamen hoc beneficium multùm extollitur?

440. Ad hanc difficultatem responderunt aliqui cum Gregorio Tolosano, non esse impossibile, eum etiam cedere bonis, qui nihil prorsus habet (quod tamen supponitur in *L.* 7. *C. qui bonis cedere possunt.*) adhuc enim talibus prodest cessio bonorum, ut deinceps vexari non possint, & futuris bonis quietè frui. Sed hac responsione difficultas non solvitur, imò nec tangitur. Non enim quærimus, quid utilitatis talis cessio afferat debitori, sed petitur, ut explicetur, quomodo possit esse Cessio bonorum, ubi nulla bona sunt, cùm non entis nullæ sint qualitates? deinde non est hoc modo declaratum, quomodo à Creditoribus ad hanc cessionem cogi posset debitor, si Novella non extaret: nemo enim rectè cogit alium ad illud, quod sibi non prodest, sed potiùs obest: atqui talis cessio creditoribus nihil prodesset, sed potiùs obesset, quatenus induceret beneficium Competentiæ.

441. Casparus Manzius novam quidem & singularem, nec tamen improbabilem interpretationem illius Novellæ facit, docétque, eam intelligendam esse, non de illis, qui penitus nihil habent, sed de illis, qui adhuc habent ruinosas ædes, incultos agros, qui fortasse intra aliquot annos non facilè coli possent, &c. dummodo nihil habeant in censu; tales, inquam, vult cogi non posse ad cedendum suis bonis quæ habent. Hanc interpretationem, quæ ex verbis Novellæ difficulter impugnabi-

nabitur, ideo non libenter amplector, quia videtur Novella aliam interpretationem verbis Novellæ & fini illius magis consentaneam, recipere.

442. Quod ergo ante hac, in libello de Contractibus sine auctore dixi, nunc iterum dico, postquam Novellam accuratiùs perpendi: dico inquam, posse Cessionem illius, qui de præsenti nihil scit se habere, non esse ridiculam aut chymæricam, nec penitus inutiliter urgeri, ac exigi posse à creditoribus, cum molestia, & afflictione calamitosi debitoris, nisi beneficio allegatæ Novellæ munitus esset. Certum enim est, eum, qui determinatè quidem nihil scit in suis bonis esse, posse tamen à parte rei aliquid in bonis habere, seu corporale, seu incorporale, cujus tamen dominium ipse ignoret, hujusmodi res seu jus, si postmodum pateat, non pertinebit ad bona futura post cessionem, cùm jam antè fuerit illius Dominus. Possent ergo creditores cogere debitorem, ut cedat bonis omnibus, etiam illis, quæ fortè se habere ignorat, ut, si postea aliqua innotescant, cedant creditoribus. Porrò quia hæc aliqualis quidem, sed exigua valde utilitas esset creditorum, propter modicam spem aliquid consequendi, Cessio verò bonorum semper sit conjuncta cum aliqua civili macula, quam omnes horrent, & quam horruit Zozarius in dicta Novella, scilicet, eò devenisse, ut publicè constet non fuisse solvendo, ideo Imperatori iniquum visum est, licere creditoribus ob tam exiguam spem tali notâ afficere calamitosos debitores, ac proinde vetuit eos cogi ad cedendum bonis suis: sed voluit sufficere, quòd præstet Jusjurandum, *quòd nullam rerum causâ occasionem* (colligendi scilicet æs) *vel aurum reliquum habeat, unde æris alieni supplementum faciat. Præterea* (notentur sequentia, quibus interpretatio firmatur) *siqua ipsi jura Lex, vel ex hæreditate, vel cognatorum donatione in rebus mobilibus præstet, in quarum possessione nondum constitutus sit, competere tamen ipsi videantur, posintque creditores, vel partem ex iis, vel etiam totum colligere, extra tamen res uxoris, siquidem reverà ad illam pertineant, hoc fiat, creditoribusque hujusmodi actionum vindicandi, & in personam ejus, qui aliquando jurium futurus sit Dominus, actiones instituendi, sive præsens debitor est, sive non, & (ut simpliciter dicamus) quoad actionem & vindicationem rerum consistendi in persona ejus, qui ità fuerit obnoxius, licentia sit.* Ecce! bona incerta, quibus cedere posset, nisi Novella prohiberet. Simile quid insinuare mihi videtur Cujacius in dictam Novellam, dum ait, creditoribus pro extremo subsidio dari Ius, quantùm potuerint, bona debitoris conquirendi, & vindicandi: videtur autem loqui de bonis, quorum bonorum exigua spes est, & utrum existant, incertum est. Et hæc circa beneficium dictæ Novellæ, quæ tamen Iure Bavarico non observatur, ut jam dicam.

443. Observandum 4. Beneficium hoc cessionis, quantumvis flebile, jure communi tamen quibusdam debitoribus denegari, & ne quidem volentes admitti. Negatur ergo imprimis illis qui ex delicto debent, juxta juris Regulam, qui non habet in ære, luat in corpore, hoc est, in carcere. *L. generaliter. ff. de pœnis.* Huc revocari possunt, qui bona sua in fraudem Creditorum alienarunt; quia nemini fraus & dolus patrocinari debet. *L. 1. ff. de dolo.* qui spe futuræ cessionis contraxerunt: quia lex malitias non fovet: modò de ea voluntate constet indubitatè: qui bona sua per prodigalitatem consumpserunt: quia, cùm suâ turpitudine inopiam sibi causari sint, commiseratione non sunt digni. qui scientes, se non esse solvendo, æs alienum contraxerunt. qui foro dolosè cedunt. *L. Fulcinius. 7. §. 1. ff. quibus ex causis in possessionem eatur. Prætor ait, qui fraudationis causâ latitavit, si boni viri arbitratu non defendetur, ejus bona possideri, vendique jubebo.* Et hi ex Constit. Caroli V. habentur pro furibus manifestis. qui bona vel partem celarunt dum cederent. *Quia frustra Legis auxilium implorant, qui in legem committunt. C. quia frustra. de usuris.* denique secundùm multos (repugnante licet Harpprecht) qui ab initio negavit debitum, & deinde fuit convictus, & condemnatus: sed jus desidero.

Secundò ob favorem creditoris non permittitur cessio tutoribus ex administratione tutelæ conventis, nec locorum piorum administratoribus secundùm Tuldenium, in quo tamen consuetudo loci, vel specialia statuta consulenda sunt.

444. Tertiò Ius Bavaricum tit. 13. L. R. a. 5. cavet, ne quis ad cessionem admittatur, nisi constet, quòd inevitabili necessitate & casu improviso sine culpa sua ad eam inopiam pervenerit, ut solvendo non sit. Quamvis Serenissimus Bavariæ Dux & Elector Maximilianus felic. mem. 11. April. 1635. ad status suos scribens multùm temperaverit Iuris rigorē, interdicens, ne contra debitores modernos bellico infortunio afflictos pro rigore justitiæ modis alioquin consuetis executionis procedatur.

Observandum 5. Quando creditores debitorem adigunt ad cedendum bonis, potest debitor non suspectus de fuga petere à Creditoribus inducias quinquennales ad solvendum, ne cogatur cedere bonis. quæ si concedantur, elapso quinquennio, imò nec antè, non licèt ampliùs debitori confugere ad beneficium cessionis, sed vel est illi integrè solvendum, vel detrudendus est in carcerem, quousque integrè solvat. Ità habet glossa in *L. fin. C. qui bonis cedere poss.* Quam Doctores communiter sequuntur: in qua Lege etiam edocetur, qualis Creditorum consensus

sensus requiratur. Lex ità habet. *Cùm solito more à N. M. petitur, ut ad miserabile cessionis bonorum homines veniant auxilium, & electio detur creditoribus, vel quinquennale spatium eis indulgere, vel bonorum accipere cessionem, salvâ eorum existimatione, & omni corporali cruciatu semoto, &c. Sancimus, ut vel ex cumulo debiti, vel ex numero creditorum causa judicetur. Et siquidem unus creditor omnibus aliis gravior in summa debiti inveniatur, ut omnibus in unum coadunatis, & debitis eorum computatis, ipse alios antecellat, ipsius sententia obtineat, sive indulgere tempus, sive cessionem accipere desiderat, &c.* His observatis

445. DUBITATUR 1. An, qui cogitur bonis cedere, ità ut nihil nisi vestes ei relinquerentur, si omnia indicaret, possit salvâ conscientiâ occultare aliqua, unde tenuem victum habere possit. Ad hoc dubium respondendum est ex illis quæ superiùs dicta sunt de licentia accipiendi aliena in casu necessitatis. Theologi communiter respondent affirmativè. Quia Leges jubentes omnia manifestari, sunt pœnales. Quodsi per manifestationem omnium incursurus esset debitor extremam vel etiam gravem necessitatem, iniqua esset Iudicis sententia, quâ eum omnibus privaret: quia Ius Naturæ illi concedit potestatem auferendi aliis, quantùm opus est ad talem necessitatem pellendam, suntque pro tali casu omnia bona communia. Imò Harpprecht Iurista in §. fin. Inst. de act. n. 28. docet, æquiorem & humaniorem esse sententiam existimantium, debitori cedenti aliquid victûs gratiâ relinquendum esse. & teste Manzio in Germania relinquuntur Opificibus instrumenta necessaria ad quærendum victum.

446. DUBITATUR 2. Utrum hæres negligens beneficium Inventarii conficiendi, si deinde non sit solvendo creditoribus defuncti, gaudeat adhuc beneficio Cessionis, vel sit incarcerandus? Negat illo gaudere Matthæus Brunus tr. de Cess. bon. quæst. 4. q. 6. Sed rectiùs alii affirmativam tenent. Probatur. Quia non aliter tenetur hæres, quàm tenebatur defunctus ar. *l. fin.* §. 14. *C. de Jure deliberandi.* & *Nov.* 1. c. 2. §. 2. suo loco referendis. Sed defunctus poterat cedere bonis. ergo & hæres poterit: quia ità est hæres bonorum, ut etiam ad eum transeant beneficia unà cum oneribus.

Objicit Brunus 1. In eo, qui inventarium non conficit, præsumitur dolus, & subtractio, & quòd hæreditatem opulentam invenerit, alioquin beneficium Inventarii non neglexisset. *Nov.* 1. c. 2. §. *si verò non confecerit. L. fin. C. de Jure deliber.* ℞. 1. In allegatis textibus (quos etiam in proprio loco referam) nihil haberi de præsumptione fraudis, sed de negligentia, & nimiâ præfidentiâ in substantia hæreditatis. ℞. 2. Etiamsi hujusmodi præsumptio esset, ea posset contrariis probationibus, atque adeo etiam bonorum excussione elidi, quia non esset præsumptio Iuris & de Iure.

447. Objicit 2. Pœna neglecti inventarii est, ut in solidum hæres teneatur creditoribus hæreditariis. *L. fin. cit.* §. 12. & 13. & 14. ℞. Ex hoc plus non probari, quàm quòd debeat hæres in defectum hæreditatis ex proprio patrimonio debita solvere: non autem probat, quòd si nec ex patrimonio sit solvendo, debeat incarcerari, & non possit bonis cedere.

DUBITATUR 3. Utrum Debitor petens cedere bonis admittendus sit, nullo creditore urgente debiti solutionem? Affirmare videtur Treutlerus disp. 24. th. 4. per textum *in lege penult.* & *ultima ff. de Cessione bonor.* ubi dicitur, quòd cessio bonorum fiat non solùm in judicio, sed etiam extra judicium: ergo (infert) debitor etiam non conventus potest cedere bonis. Respondetur tamen, non esse quidem necesse, ut judicialiter conveniatur, sufficere tamen & requiri, ut vel Iudicialiter, vel extrajudicialiter fuerit à creditore molestatus. Ratio est, quia volens uti hoc miserabili beneficio nemine urgente meritò suspicionem moveret de fraude committenda in occultatione bonorum: quare Creditores jure possent recusare cessionem bonorum, & malle dare inducias, ut integram solutionem acciperent.

448. DUBITATUR 3. Si filiusfamilias cogatur bonis cedere, utrum etiam cedere possit, ac debeat bonis adventitiis, saltèm quoad proprietatem, si penes patrem sit Ususfructus. Affirmat Brunus & Treutlerus. sed rectiùs negat Hunnius. Probatur ex generali ratione. quia Cessio bonorum non fit in ullis bonis, quæ alienari non possunt, quia in talibus bonis executio fieri non potest, quæ est finis Cessionis. atqui filiusfamilias non potest proprietatem bonorum adventitiorum alienare sine consensu patris habentis usumfructum, cùm agatur de præjudicio patris. *L. fin.* § *filiis autem. C. de bonis quæ liberis in potestate constit. acquiruntur.* etiam suo loco referendis. Ergo, &c.

449. Objiciunt textum L. 7. C. *qui bonis ced.* ubi asseritur, quòd filii fam. habentes Castrensia vel alia bona, quæ patribus non acquiruntur, possint ratione illorum cedere bonis. atqui, præter Castrensia & quasi, non possunt esse alia bona filiifam. quàm adventitia: ergo vi illius legis potest in his fieri cessio. ℞. Imò ex textu probatur, quòd illa sola bona adventitia ibi intelligantur, in quibus filiusfam. plenum dominium habet, quia hæc sola dicuntur patri non acquiri sicut nec Castrensia. Sic habet lex. *Cùm & filiifamilias possint habere substantias, quæ patribus acquiri vetitæ sunt, nec non peculium vel castrense, vel quod patre volente possident, quare cessio bonorum eis deneganda sit?*

450. DU-

450. DUBITATUR 4. An beneficium cessionis, & quinquennalium induciarum prosit etiam fidejussoribus, ità ut, sicut principalis debitor non potest intra tale tempus conveniri, fidejussores non possint, sicut nec post factam cessionem. ℞. Cum communi Iuristarum sententia negativè. Probatur 1. Exceptiones personales, seu personæ specialiter concessæ non prosunt fidejussoribus. *L. Exceptiones quæ personæ. 7. ff. de Except: Exceptiones quæ personæ cujusque cohærent, non transeunt ad alios, veluti ea, quam socius habet exceptionem, quòd facere possit, vel parens patronúsve: non competit fidejussori. sic mariti fidejussor post solutum matrimonium datus in solidum dotis nomine condemnatur.* Atqui talis est exceptio cessionis bonorum, & concessarum induciarum. ergo. Hunnius negat minorem (quamvis sententiam teneat) quia, inquit, cessio bonorum non tribuitur certæ alicui personæ, vel ratione certæ alicujus qualitatis, sed potiùs tribuitur inopiæ. Sed contra hoc est tum Lex allata, tum quòd beneficium cessionis non concedatur inopiæ in abstracto, & quæ non est aliqua res, cui inhæreat, sed in concreto, alioquin plurima privilegia erunt realia, quæ v. g. mulieribus ob sexûs fragilitatem, minoribus ob imprudentiam conceduntur.

Probatur 2. Ex *L. Etsi fidejussor. 24. ff. de re judic.* ibi. *Etsi fidejussor acceptus sit rei, vel actionis, non proderit ei, si persona, pro qua fidejussit, inquantum facere potest condemnanda sit. Si maritus solvendo non fuerit, licet ipsi marito prosit, quod facere non possit,* (nempe Beneficium Competentiæ) (*id enim personæ mariti præstatur*) *hæredi ejus hoc non prodest.* Ecce! hoc beneficium dicitur personæ præstari, & comparatur hæres cum fidejussore: atqui ad hæredem non transit illud Beneficium, si habeat in patrimonio proprio, & neglexit Inventarium, ut dictum est: ergo, &c.

451. Probatur 3. Ex §. *fin. Inst. de Replicat.* Is qui fidejussorem accipit, hoc maximè intendit, & sibi prospicere vult, ut debitore facultatibus exuto, possit debitum consequi à fidejussore: ergo hoc ipso vult excludere, & excludit à fidejussore exceptionem, quam ob inopiam habet debitor principalis.

452. Objici potest 1. Regula generalis, quòd exceptiones & replicationes debitori principali competentes prosint etiam fidejussori. §. *fin. in p. I. de Replicat. L. 11. C. de Except.* Ut referam suo loco. ℞. Imò in dicto §. clarè continetur nostra sententia. Non enim dicit Imperator, omnes sine discrimine exceptiones, quibus debitor defenditur, competere fidejussori, sed: *plerumque.* deinde statim excipit illam, de qua est præsens quæstio. *Sanè*, inquit, *quædam exceptiones non solent accommodari. Ecce! enim debitor si bonis suis cesserit, & cum eo creditor experiatur, defenditur per exceptionem, si bonis cesserit.* (Ubi adverte, in corpore glossato irrepsisse errorem, & poni voculam *non*, quæ debet abesse.) *Sed hæc exceptio fidejussoribus non datur, ideo scilicet, quia qui alios pro debitore obligat, hoc maximè prospicit, ut cùm facultatibus lapsus fuerit debitor, possit ab iis, quos pro eo obligavit, suum consequi.* Itaque illæ solæ actiones conceduntur fidejussori, quæ aliquo modo rei cohærent, qualis est: exceptio pacti conventi, rei judicatæ, doli mali, metûs, jurisjurandi, &c. Eandem responsionem adhibet glossa Legi. 11. cit. & dat aliud exemplum exceptionis, quæ non convenit fidejussori, nempe *Restitutionis in integrum.*

CONTROVERSIA III.

Quibusnam conveniat Beneficium Competentiæ.

SUMMARIUM.

453. Beneficium Competentiæ est privilegium quorundam Debitorum, ut conveniri non possint ultra id, quod commodè solvere possunt: hoc est: quin illis relinquenda sit competens sustentatio, ut postea explicabitur.

454. Convenit imprimis Parentibus conventis à suis liberis, & econtra. *L. 16. & 17. ff. de re judic.* Ratio est, quia filii jubentur à Lege alere parentes inopes, & econtra. *L. 5. §. 13. ff. de agnoscend. & alend. lib.*

455. Secundò convenit fratri germano adversus fratrem, eò quòd sibi invicem alimenta debeant, ut sentiunt communiter Juristæ.

Tertiò convenit socio adversus socium. *L. 16. cit. §. sed etsi quis. I. de act.* Patrono adversus libertum.

456. Quartò, qui ex liberalitate, vel donatione convenitur. §. *sed etsi. cit.* Quintò Militi armatæ militiæ. *L. 6. & 18. ff. de re jud.*

Quintò convenit Marito adversus uxorem repetentem dotem. *L. 17. cit. §. item si de dote. I. t. c. l. 12. & seqq. ff. soluto Matrim.* Quod Doctores etiam ad socerum extendunt. per *L. 15. §. fin. ff. eod.*

457. DUBITATUR 1. An etiam conveniat Doctoribus Iuris, & Advocatis, Magistris, & Professoribus. Negant Udalricus Zasius, Duarenus, & Hunnius. Alii tamen plures affirmant. Et licet non habeant isti pro se clarum textum Iuris, sed potiùs contra se habere videantur Legem 6. *ff. de re judicata.* sup. relatam, ubi

in specie Militi armato hoc privilegium conceditur, adeóque diversum videatur supponi in Milite togato, nihilominus valde illis favet *Lex Medicos. 6. C. de Professoribus, & Medicis.* In quo loco Professoribus, & Doctoribus Iuris, nec non Advocatis datur beneficium], ut non possint propter Civile debitum ad judicium duci, aut incarcerari: ergo videtur hoc ipso concedi beneficium competentiæ: quia dum immunes sunt à carcere, non possunt cogi cedere bonis: ergo non tenentur ad plus, quàm commodè facere possunt. Neque mihi satisfacit, quod dicit Hunnius, cum beneficio, ut non incarcerentur, benè stare, quòd, etsi non possint cogi ad cedendum bonis, possint tamen ad peram usque excuti, ut ne quidem necessaria ad honestè vivendum ipsis relinquantur: nam hoc in effectu vix aliud est, quàm cedere bonis; & procul videtur abesse à favoribus, quibus in dicta lege afficiuntur. Et quia lex hæc est posterior illi L. 6. cit. ideo benè stat, quòd etiam ad togatos fuerit beneficium extensum. Lex ità habet. *Medicos & maximè Archiatros* (h. e. Medicorum Principes) *vel ex Archiatris Grammaticos, & Professores alios litterarum, & Doctores Legum unà cum uxoribus, & filiis, nec non & rebus, quas in civitatibus suis possident, &c. nec ad Iudicium duci, nec eximi, vel exhiberi, vel injuriam pati, &c.*

458. DUBITATUR 2. Utrum Clericis competat hoc beneficium competentiæ. Est autem Sermo de Clericis in sacris constitutis, vel Ecclesiæ & altari proprio ministerio servientibus, ut post Covarr. *l. 2. variar. resol. c. 1. n. 9.* monet Prosp. Farinacius. Duarenus iterum & Hunnius negativam sequuntur ex iisdem fundamentis, ut in proximo dubio. Zasius tamen cum communi DD. affirmat, adeo ut aliqui etiam ad omnes, qui gaudent privilegio fori, extendant. Ratio solet reddi, quia sunt milites Cœlestis militiæ, & per eos placatur ira divini numinis. *L. inter claras C. de summa Trin.* unde etiam illis bona quasi Castrensia tribuuntur *L. sacrosanctæ 32. C. de Episc. & Cler.* Alia ratio desumitur ex decentia statûs Ecclesiastici, ne teneantur mendicare. Denique optima ratio ex eo colligitur, quòd prohibeantur incarcerari ob debitũ civile, ut sup. dictum, & tradit Menoch. *de arbitr. Judic. l. 1. q. 88. n. 8.* Farinacius *tr. de Carcerib. l. 1. t. 4. q. 27. n. 65. & seqq.* unde infertur, eos non posse cogi ad cedendum bonis: qui autem non possunt cogi ad cedendum bonis, ex generali regula gaudent beneficio competentiæ, quidquid Hunnius contradicat, ut vidimus dub. præced. Confirmari potest ex *cap. Odoardus de solutionibus*, in quo Pontifex non loquitur de Cessione bonorum, ut minùs rectè interpretatur Duarenus, & post eum plures alii, sed solùm asserit & statuit, quòd si non sint solvendo, cavere debeant jurejurando, se, ubi ad pinguiorem fortunam pervenerint, creditoribus satisfacturos. Videtur ergo Pontifex concedere Clericis illud ipsum privilegium, quod Novella 135. concedit depauperaris per infortunium: atqui his conceditur beneficium competentiæ ex plurimorum sententia: ergo etiam in cap. cit. idipsum conceditur Clericis. Capitulum sic habet. *Odoardus Clericus proposuit, quòd cùm P. Clericus D. Laicus, & quidam alii ipsum coram officiali super quibusdam debitis convenissent, idem in eum recognoscentem hujusmodi debita, sed propter inopiam solvere non valentem, excommunicationis sententiam promulgavit. Mandamus, quatenus si constiterit, quòd prædictus. O. vel in totum vel pro parte non possit solvere debita suprà dicta, sententiam ipsam sine difficultate qualibet relaxetis, receptâ priùs ab eo idonea cautione, ut si ad pinguiorem fortunam devenerit, debita prædicta persolvat.*

459. DUBITATUR 3. An hoc beneficium competat socero? ℞. Distinguendo inter socerum viri (hoc est patrem uxoris) & socerum uxoris (hoc est patrem mariti.) priori convenit hoc beneficium stante matrimonio, non item soluto, si conveniatur ratione dotis non solutæ. *L. pen. ff. de Jure dot.* ibi. *Si manente affinitate dotem promissam gener à socero petit, utique in quantum facere potest socer condemnabitur. si dirempto matrimonio petitur, ex causa & persona id tribuendum puto, &c.* at verò posteriori convenit, si conveniatur à nuru, sive stante, sive soluto matrimonio. *L. 15. §. 2. ff. soluto matrim. Socero quoque, cum quo nurus de dote agit, idem honor habetur, ut in id damnetur, quod facere potest.* & ratio subjungitur *L. 16. Quia parentis locum obtinet.*

460. DUBITATUR 4. Utrum debitores sine culpa sua per iniquitatem temporum eò paupertatis redacti ut solvendo non sint, gaudeant beneficio competentiæ. Ratio negandi est, quia non reperitur in Iure clarus textus, qui hoc beneficium ipsis concedat. Ex alia parte ratio affirmandi est. Nam licèt in formalibus terminis non concedatur, satis est, quòd conferatur verbis æquivalentibus, hoc est talibus, quæ alium utilem sensum habere non possunt. Talia autem habentur in Novella 135. in qua certum est, novum beneficium contineri, hoc enim dicit ipse Imperator. Verba autem ad rem maximè facientia sunt hæc: *Ubi enim locorum justum est, ut is qui in universum ex accidenti, non supinâ negligentiâ res suas amisisse traditus est, denuo per vim ad ignominiosam vitam transponatur, & ad quotidiani victûs, neque non (ut licet conjicere) amictûs corporis inopiam adigatur?* atqui (subsumunt, qui affirmant) si talis non habet beneficium competentiæ, debebit bonis cedere, & sic ad talem statum transponi, scilicet ad vitam ignominiosam, quâ non habeat victum quotidianum, & nihil nisi vilem vestitum. Ergo, &c. Ob hanc rationem & quasdam alias affirmandum videtur cum decem gravissimis ICtis, quos refert & se-

& sequitur Casparus Manzius. *Dec. 3. q. 2. & passim in prioribus supponit.* Video, multa hîc objici posse: præsertim, quòd Ius Bavaricum hanc Novellam non recipiat, sed tales admittat ad cessionem. Verùm jam suprà monui, Cessionem in Iure Bavarico non esse tam rigidam, ut est de Iure communi.

CONTROVERSIA IV.

De Beneficio Restitutionis in integrum.

SUMMARIUM.

461. Certis quibusdam personis, quæ in Contractibus, sive ex imbecillitate judicii, sive ex ignorantiâ Iuris, sive ex alterius injuria, sive ex aliis causis in captionem incidêre, & læsæ sunt, extraordinario Iuris remedio subvenitur, quod *Restitutio in integrum* vocatur, quo omnia in pristinum statum itá reducuntur, ut, qui restituitur, non quidem locupletetur ex alieno, nec tamen etiam pauperior fiat ex læsione, quam formaliter ex contractu, vel quasi contractu passus est. Dicitur *Remedium extraordinarium,* quia non aliter competit, nisi quando ordinaria media deficiunt. *L. in causæ. 16. princ. ff. de Minoribus. 25. an.*

462. Restitutionem hanc definit JCtus Paulus. 1. Recept. sent. tit. 7. *Redintegrandæ rei, vel causæ actio.* & Imperator in *L. 2. C. in quibus causis restit. necess. non est.* Redintegratio amissæ causæ. Alii communius ex glossa in *C. auditis. de in integr. rest.* sic definiunt. Est reductio in eum locum, in quo quis fuit ante læsionem.

463. Est porro hæc restitutio non nisi largè & impropriè actio. quidquid dixerit Cuiacius, sed est Imploratio Judicis, seu magistratus: unde fit, quòd non exerceatur in Judicio seu coram Iudice Pedaneo, sed coram Magistratu. Alioquin Prætor debuisset dicere: se Iudicem daturum: cùm dixerit: *se animadversurum. L. 1. §. 1. ff. de Minorib. & subventurum. L. 3. ff. h. t.* Est igitur non Iurisdictionis simplicis actus, sed mixti Imperii; & quidem Imperio prævalente. *L. 26. ff. ad Municipalem & de incolis.* ibi. *Ea quæ magìs Imperii sunt, quàm Iurisdictionis, Magistratus municipalis facere non potest. Magistratibus municipalibus non permittitur in integrum restituere.* Atqui Magistratus municipalis illis solummodo destituitur, in quibus eminet imperium, *L. cit.* Ergo, &c.

464. Dices. Actus Imperii est coërcitio: actus restitutionis in integrum non est coërcitio: ergo non est actus Imperii. ℟. Dist. Majorem. Actus Imperii cohærentis Iurisdictioni simplici, concedo, Imperii habentis rationem principalis nego, & concessâ minore distinguitur consequens eodem modo.

465. QUÆRITUR nunc 1. In quo loco petenda sit restitutio in integrum. ℟. Esse petendam in loco domicilii illius, contra quem petitur restitutio. Ità habetur in L. 2. *C. ubi & apud quem cognitio in integrum restitutionis petenda sit.* ibi. *Si de his repetendis per in integrum restitutionem, vel quamcunque aliam causam putaveris agendum, ejus te adire Provinciæ præsidem, in qua domicilium habent, quos convenias.*

466. QUÆRITUR 2. An Magistratus inferior possit restituere in integrum contra sententiam Magistratûs Superioris. ℟. Negativè. *L. 18. ff. de Minorib. in pr. Minor autem Magistratus contra sententiam Majorum non restituet.* Hinc deducitur, quòd si sententia lata est à Iudice delegato Principis, nemo nisi Princeps ipse contra eam possit in integrum restituere. Quia Delegatus præter Principem neminem agnoscit Superiorem. & habetur *cit. L. §. penult. Sed etsi ab Imperatore Iudex datus cognoscat, restitutio ab alio nisi à Principe, qui Iudicem destinavit non fiet.*

467. QUÆRITUR 3. An restitutio in integrum possit secundò peti, & impetrari. In hac quæstione leges videntur in speciem adeo sibi contrariæ, ut Cuiacio apertam, & irreconciliabilem antinomiam continere videantur. Mihi tamen videntur illæ Leges de diversis casibus loqui, & ab antinomia facilè liberari sequenti distinctione. Duplici enim modo potest restistitutio secundò peti: primo, postquam semel

petita

petita quidem est, sed à Magistratu denegata. Secundo modo: si semel impetrata est restitutio, & quia postmodum videtur impetrans per hanc ipsam restitutionem læsus esse, ideo petit iterum contra hanc ipsam restitutionem restitui. Utriusque modi casus habentur in legibus jam referendis. Itaque respondeo primò. Si restitutio denegata fuit, & sententia transiit in rem judicatam, tunc non datur ampliùs in eadem causa restitutio ab eodem Iudice: nisi in casu sequentis responsionis. Datur tamen restitutio quoad negligentiam omissæ appellationis, hoc est, fit iterum potestas appellandi. Ità habetur *in L. 1. C. Si sæpius in integrum restitutio postuletur. Si* (inquiunt Imper: Severus & Antoninus) *post sententiam Proconsulis contra vos latam desiderastis in integrum restitui, nec obtinuistis, frustra rursus, ut ea quæstio in integrum restitutionis agitetur, desideratis: appellare enim debuistis, si vobis sententia* (denegans restitutionem) *displicebat. Sed si adhuc in ea ætate estis, cui subveniri solet, appellandi Ius vobis restituimus.*

Respondeo 2. Si negatâ restitutione in integrum, petatur secundò restitutio prætextu novarum defensionum, seu probationum adducendarum, concedi potest restitutio in eadem causa. Ità habetur L. 2. eod. *Quanquam curatores pupillæ victi sint, cùm in integrum restitui pupillam desiderabant; cùm tamen novis defensionibus, causam instrui posse dicas, adeant Curatores uxoris tuæ Iudicem, & petant, ut causas in integrum restitutionis agant.* Et Leg. 3. Idem in genere decernitur, dicitúrque sæpius ità rescriptum fuisse.

Respondeo 3. Si restitutio secunda petatur contra priorem restitutionem, regulariter est concedenda. Casus habetur in *L. 7. §. 9. ff. de Minorib.* 25. *an.* & est iste. Aliquis per imprudentiam repudiavit hæreditatem: impetravit restitutionem, ut se hæreditati immisceret, vel adiret: hujus tamen iterum pœnitens petit restitutionem, ut possit abstinere, restitui potest. Verba sunt. *Restitutus, cùm se hæreditati misceat, vel eam adeat, quam repudiavit, rursus restitui poterit, ut se abstineat, & hoc rescriptum, & responsum est.*

468. Dixi: Regulariter. Habetur enim casus exceptus *L. fin. §. 6. C. de bonis, quæ liberis in potest. constit.* & est talis. Pater hæreditatem infanti delatam infantis nomine adivit. Filius deinde sui juris factus hæreditatem repudiavit per restitutionem in integrum. Deinde hujus pœnitens voluit iterum restitui, ut hæreditatem habere posset: respondet Imperator. *Non autem filio damus licentiam, si in integrum restitutionem petat, respuendam credens esse hæreditatem, adhuc minoribus curriculis instantibus, iterum per aliam restitutionem adire præfatam hæreditatem: ne ludibrio Leges ei fiant, sæpius eandem & amplecti, & respuere hæreditatem cupienti. Si enim NB. quod Pater fecit, filius ratum non habuit, & propter hoc restitutus est: Quomodò ferendus videatur iterum judicium amplectens, quod post Patris voluntatem contrariâ affectione aspernendum esse existimavit?*

469. QUÆRITUR 5. An sine discrimine contra quosvis detur in integrum restitutio. ℞. Etsi spectatis antiquioribus legibus ità dicendum esset, jure tamen novo Codicis excipiuntur parentes, & patroni, ob reverentiam his personis debitam à liberis & libertis. *L. fin. C. Qui & adversus quos. In fine. Ut maneat in omnibus honor parentibus, & patrono, vel patronæ illibatus, atque intactus, sancimus nullo modo, neque adversus parentes utriusque sexûs, neque adversus patronum, vel patronam dari restitutionem: nam personarum reverentia omnem eis excludit restitutionem: cùm procul dubio sit, etiam ipsas personas cavere, ne quid suæ opinioni contrarium existat.*

470. QUÆRITUR 6. Utrum Beneficium restitutionis sit Personale, an Reale, vel saltèm mixtum ℞. Esse mixtum, hoc est, non solùm Personæ, sed etiam causæ concedi, quia non datur Minoribus, præcisè quia Minores sunt, sed quatenus ex imbecillitate judicii læsi sunt. Hinc fit, quòd hoc beneficium concedatur etiam hæredi defuncti læsi, etiamsi hæres secundùm se non gauderet, eò quòd majorennis sit. Unde Regula Iuris est 196. *Privilegia quædam causæ sunt, quædam Personæ: & ideo quædam ad hæredes transmittuntur, quæ causæ sunt, quæ verò personæ sunt, ad hæredem non transeunt.* Et habetur expressiùs, & in specie in *L. 18. §. fin. l. 24. §. 1. l. 44. ff. de Minoribus.*

471. QUÆRITUR 7. An Beneficium Restitutionis prosit etiam fidejussori illius, qui restituitur, ità ut & ipse liberetur. ℞. Negativè *L. 13. ff. de Minorib. & l. 1. C. De fidejussoribus Minor.* ubi tamen additur, quod si fidejussor solvit, possit actione mandati convenire principalem, quantumvis restitutum, nisi etiam contra fidejussorem juvari possit restitutione. *Sed ea res fidejussores, qui pro te intervenerunt, excusare non potest. Quare mandati judicio convenieris, si eo quoque nomine restitutionis auxilio non juvaberis.* Ratio autem responsionis est, quia fidejussor accipitur in securitatem.

472. QUÆRITUR 8. Utrum petitio Restitutionis in integrum latæ contra se sententiæ executionem suspendat, donec causa restitutionis ventilata & terminata fuerit. Negat Menochius *lib. 1. præsumpt.* 74. Sed Juri conformiùs affirmant Duarenus, Donellus, Minsinger, Hunnius. Textus aptus in *L. un. C. in integrum restitutione postulatâ ne quid novi fiat.* Sicut enim appellatione interpositâ nihil est innovandum, ità etiam petitâ restitutione. *Postulatâ in integrum restitutione omnia in suo statu esse debere, donec res finiatur perspicui Iuris est, idq; curabit is, ad cujus partes ea res pertineat.* Casum ponit glossa. Mihi minor vendidit: petit restitui: pendente judicio restitutionis in integrum

grum illius rei, super qua petitur restitutio, alienatio fieri non potest. Fundamenta contraria quibus innititur Menochius, plus non probant, quàm quòd sententia possit mandari executioni, si petens restitutionem non possit statim intentionem suam probare, sed longo tempore opus haberet: item si adessent indicia, quòd restitutio in integrum petatur moræ injiciendæ causâ, adeóque ex dolo.

473. QUÆRITUR 9. Quantum temporis concedatur ad petendam restitutionem in integrum. ℞. Iure novo concedi quadriennium à die quo quis scit se læsum esse, & potestas est experiundi. *L. fin. C. de temp. in integ. restit.* & hoc quadriennio esse non solùm petendam restitutionem, sed causam etiam finiendam cautum est, ibi. *Sancimus quadriennium continuum tantummodo numerari ex die, quo annus utilis currebat.* & Clem. un. de rest. in int. ibi. *& causa restitutionis hujusmodi finiri debet intra quadriennium continuum à tempore læsionis, etiamsi minus quadriennio tempus læsionis existat. Sed non fiat restitutio, nisi ad tantum tempus, quantum se læsam fore probabit.*

474. QUÆRITUR 10. Quænam sint causæ restitutionis in integrum. ℞. causas has enumerari in *L. 1. & 2. ff. h. t.* Ubi dicitur; Prætorem subvenire *hominibus, vel lapsis, vel circumscriptis, sive metu, sive calliditate, sive ætate, sive absentiâ inciderunt in captionem, sive per statûs mutationem, aut justum errorem.*

475. Prima ergo causa est, Metus. de quo Prætor ait. *Quod metûs causâ gestum est, ratum non habebo. L. 1. ff. quod metûs.* Porrò de metu nobis ex professo agendum erit in tr. de Contractibus. Secunda causa est, Dolus malus, nempe cùm decipiendi causâ aliud simulatur & aliud agitur. *L. 1. §. 2. ff. de dolo.* ubi Labeo dolum sic definit: *esse omnem calliditatem, fallaciam machinationem ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibitam.* Tertia Causa est, ætas minorennis. ità quidem, ut extremus dies vigesimi quinti, & hora ejus ultima, à momento in momentum computetur, ut restitutioni sit locus. *L. fin. C. de temporib.* in integr. ibi. *Quod non solùm in minorum restitutionibus (quibus utilis annus incipit currere; ex quo vicesimi sexti anni dies illuxerit.)* Est autem hìc observandum, quòd non solùm contra illum qui minorem circumscripsit, seu circumvenit, detur restitutio, sed etiam aliquando contra eum ad quem res illa pervenit, in qua minor læsus est: & hoc in duobus casibus qui ponuntur in *L. 13. §. fin. ff. de Minoribus.* Primus est, si tertius possessor sciens fundum v.g. ità venditum fuisse à minore, nihilominus emit, cùm debuerit advertere, posse fieri ut per beneficium restitutionis repeteretur. Secundus, si bonâ fide & nesciens quidem emit à primo emptore, sed prior hic emptor solvendo non est, nec ab eo potest minor consequi rem suam, tunc enim *æquius esse*, dicit Lex, *minori succurri etiam adversus ignorantem.*

476. Quarta causa restitutionis in integrum est, Capitis diminutio. *Qui, quæve* (ait Prætor *L. 2. §. 1. ff. de cap. dimin.*) *posteaquam quid cum his actum contractumve sit, capite diminuti, deminutæve esse dicentur, in eos, easve perinde, quasi id factum non sit, judicium dabo.* v. g. contraxisti cum aliquo dum esset sui juris, deinde factus est juris alieni, & sic civiliter desinit esse obligatus: Prætor tamen tibi succurrit restitutione in integrum, perinde acsi alter non esset capite diminutus. Procedit autem solùm de minima capitis diminutione, v. g. quando quis per adoptionem vel emancipationem statum mutat.

Quinta causa restitutionis est, Justa absentia Reipublicæ causâ, ob quam quis damnum passus est, v. g. præscriptione, tunc enim rescinditur præscriptio.

Sexta causa habetur *L. 1. ff. de alienat. Iudicii mut. caus.* ubi. Proconsul prospexit; *ut si quis alienando rem alium nobis adversarium suo loco substituerit, idque datâ operâ in fraudem nostram fecerit, tanti nobis in factum actione teneatur, quanti nostrâ intersit, alium adversarium nos non habuisse.* Itaque si tuus adversarius, ut conditionem tuam deteriorem reddat, alium potentiorem adversarium substituit alienatione factâ, rescindit Prætor hujusmodi alienationem, vel concedit actionem, ut qui dolo alienavit, tanti damnetur, quanti tuâ interest, alium adversarium non habuisse.

477. Septima causa est, Pietas, & Reverentia, ob quam conceditur restitutio in integrum Ecclesiæ. *C. 1. de in integ. restit.* ubi dicitur, *Ecclesiam Iure minoris debere semper illæsam servari.* Nomine autem Ecclesiæ veniunt etiam Hospitalia, loca pia, quæ privilegiis gaudent Ecclesiæ, Monasteria, Religiosæ Communitates. Personæ autem Ecclesiasticæ, quoad bona sua propria etiam ex Beneficio acquisita, non gaudent hoc privilegio. Utrum Respublica, aut Civitas gaudeat hoc privilegio, dubitatur. Hartmannus, Donellus & Treutlerus, negant in contractibus restitutionem illis concedi. Sed verior sententia affirmat, *per Legem penult. C. ex quibus causis major.* ibi. *Respublica minorum Iure uti solet, ideoque auxilium restitutionis implorare potest.*

Circa minorennes aliqua dubia sunt, in quibusnam casibus restituantur necne. Et imprimis certum est non restitui in Contractu Matrimonii, Religionis ingressu, in delictis, in venditione sui ad pretium habendum. Item non restituitur, si major factus ratum habuit, quod minor gessit. *L. 3. §. 1. ff. de min. & tot. t. C. Si major factus.* Item si veniam ætatis impetravit. *tot. tit. C. de his, qui veniam ætatis impetr.* Item si nullius dolo inductus finxit se esse majorennem. *L. 2. C. si minor se major. dix. Si is, qui minorem nunc se esse asseverat, fallaci ætatis majoris mendacio te deceperit, in integrum restitui non debet.*

478. Dubium primum est, an aliquando minor restituatur contra minorem. Negant plures, quos sequitur Sanchez & Layman. Affirmat Castro Palao, citans Alphonsum Azebedum. Negantium fundamentum est, quia privilegiatus contra æquè privilegiatum privilegio non utitur, ut expositum est tr. de legib. atqui uterque minor est æquè privilegiatus: ergo, &c. Verùm hoc non obstante standum est decisioni JC. Ulpiani contra Pomponium *in L. 11. §. 6. ff. de minorib.* ubi sic loquitur. *Item quæritur, si minor adversus minorem restitui desiderat, an sit audiendus. & Pomponius simpliciter scribit, non esse restituendum. puto autem inspiciendum à Prætore, qui captus sit. proinde si ambo capti sunt: v. g. minor minori pecuniam dedit, & ille perdidit: melior est causa secundùm Pomponium ejus, qui accepit, & vel dilapidavit, vel perdidit.* In hoc ergo casu negatur restitutio danti pecuniam. At verò, si qui pecuniam accepit, inde locupletior factus est, & pecuniam vel adhuc habet, vel benè collocavit, in hoc casu dabitur priori danti restitutio in integrum: Ratio est, quia accipiens in hoc casu læsus non est, nec gaudet privilegio ætatis: & ideo in effectu dans pecuniam utitur suo privilegio contra non privilegiatum.

479. Dices. Imò in hoc casu non est locus restitutioni: nam ubi succurri potest remedio Juris ordinario, non conceditur extraordinarium: atqui minori danti pecuniam potest succurri remedio ordinario, quando mutuatarius factus est locupletior: ergo, &c. ℞. Non in omni casu superesse remedium ordinarium. v. g. si minor vendidit minori rem immobilem cum Iudicis decreto ducentis aureis, cùm valeret 300. venditori læso non succuritur jure communi, quia non est læsus ultra dimidium justi pretii. ergo hîc opus erit beneficio restitutionis, ut benè notavit Ant. Faber *in rational. ad pandect. in cit. leg. & §.* Alius casus habetur in L. 34. ff. eod. Nempe si mutuarius factus locupletior sit filius familias, resistit creditori minori mutuanti S. C. Macedonianum, ne recuperet pecunias; *Si minor 25. annis filiofamilias minori pecuniam credidit, melior est causa consumentis, nisi locupletior ex hoc inveniatur litis contestatæ tempore.* Ergo restitutione opus habet, si velit pecuniam datam recuperare.

480. Dubium 2. est, an minor restituatur, si per imprudentiam renuntiavit beneficio Ecclesiastico, illúdque ex renuntiatione fuit alteri collatum. Negant veteres Canonistæ cum Accursio. Sed ferè probabiliùs affirmat Covarruvias resol. 5. post Vincentium, Imolam, Emanuel. à Costa, & consentit Treutl. th. 13. Nam hic casus à regula generali non excipitur. Neque obstat, quòd in spiritualibus minor censeatur major, & perinde ut major in judicio agere possit. *C. si. annum. de Iud. in 6.* Nam etiam Ecclesia potest agere in Iudicio, & tamen si lædatur, restituitur: ergo ex eo quòd Clericus minorennis possit agere in judicio, non ritè infertur, quòd si læsus sit, non restituatur.

481. Dubium 3. est, an sit locus restitutioni in favorem pupilli, si pupillus læsus est per sententiam adversus curatorem latam in causa minoris. ℞. Affirmativè: *per legem fin. C. si adversus rem judicat.* ibi. *In rem pupulli, vel adulti adversus tutores, seu curatores à præside lata sententia restitutionis auxilium non minùs, quàm si quid adversus eos fuisset statutum, implorare minores posse constat.* Hoc autem intelligendum est, de tutore qui cavit, rem pupilli salvam fore. Secùs de eo, qui non cavit: nam ratione hujus ideo non datur restitutio, quia quæ gessit ipso jure nulla sunt, cùm non habuerit administrationem. *L. 4. C. in quibus causis in integrum rest. neces. non est*, ut referam in proprio loco.

482. QUÆRITUR nunc ultimò, an obtentâ restitutione in integrũ, non solùm res principalis, sed etiam fructus percepti sint restituendi.

Prima sententia est P. Ferdinandi de Castro Palao, simpliciter negantis fructus ullos esse restituendos, qui bonâ fide, & ante restitutionem concessam percepti sunt.

Secunda sententia est P. Molinæ, Lessii, Laymanni, Lugonis, Bonac. Tanneri, qui volunt, esse restituendos fructus, si læsio provenit ex contractu lucrativo, vel si facta est in pretio, eò quòd non justo pretio emptum sit, tunc fructus restituendos esse saltèm quoad illam partem, quæ responder defectui pretii: de cætero negant esse restituendos: v. g. si læsio solùm consistit in lucro cessante, & res non est integra: item (inquit Lugo) si læsio præcisè consistit in eo, quòd non expediebat rem alienari, eò quòd v. g. esset domus avita.

Tertia sententia est Covarruviæ & plurium Juristarum, quos sequitur P. VVadingus, qui volunt, fructus restituendos esse, quando restitutio fit ex necessitate legis, hoc est, jubente lege, scilicet ante elapsum terminum à jure præfixum, secùs si ex speciali gratia post elapsum terminum concedatur, v. g. ob enormem læsionem, vel ex beneficio Principis, *arg. leg. idem est de Nestorianis. C. de hæret.*

483. Hæc tertia sententia habet pro se non obscuros juris textus, præsertim verò facit pro illa lex *patri. 27. §. si pecuniam. ff. de Minorib.* illis verbis. *Item ex diverso, si minore pretio, quàm oportet vendiderit adolescens: emptor quidem juberi debebit prædia cum fructibus restituere: Iuvenis autem eatenus ex pretio reddere, quatenus ex ea pecunia locupletior est.* Ubi sermo est de fructibus perceptis, ut ex præcedentibus colligitur, & non nisi violenter de fructibus pendentibus intelligitur, cùm immediatè priùs dictum sit, usuras esse restituendas. Id ipsum habetur in *L. quod si minor 24. §. 4. Restitutio autem ità facienda est, ut unusquisque in integrum Ius suum recipiat. Itaque si in vendendo fundo circumscriptus restituatur, jubeat*

præ-

Prætor emptorem fundum cum fructibus reddere, & pretium recipere. Ubi glossa addit: *cum usuris.*

484. Objicit P. Molina. Possessor ille fuit bonæ fidei & Dominus factus fructuum perceptorum: ergo iniquum est illis privari. Negatur consequentia, quæ ipsi Molinæ neganda est, quia etiam fundi factus erat Dominus, & tamen jubetur fundum restituere: item possessor bonæ fidei fit Dominus fructuum perceptorum ante litis contestationem, ut suo loco acturi de Possessione dicemus, & tamen re postmodum evictâ, cogitur quoque fructus exstantes restituere. Illud concedi posset, fructus consumptos non esse restituendos, & quidem ex probabili sententia, ne quidem illos, in quibus factus est locupletior, ut eodem loco videbimus.

485. Præterea, ut æquitas servetur, vult VVadingus ab eo qui restituitur, esse emptori non solùm pretium restituendum, sed etiam quod emptor interea ex pretio lucraturus fuisset; adeóque Judex non adjudicaret læso omnes fructus, sed detraheret quanti intererat emptoris, non caruisse suâ pecuniâ, ut etiam insinuant leges citatæ & glossa.

Objicitur 2. *Cap. ad nostram. de rebus Ecclesiæ non alienand.* Ubi cùm Monasterium gravatum ære alieno villam quandam dedisset in feudum laico, ut solveret æs alienum, & postea advertisset, se fuisse enormiter læsum circa pretium, quod erat valde exiguum, Pontifex rogatus restituit in integrum, relictis tamen fructibus feudatario. Respondet P. VVadingus, hunc esse casum exceptum in ipsa Conclusione, quia non erat restitutio in integrum propriè dicta, sed rescissio venditionis, cùm fuerit enormis læsio, fructibus unius anni æquantibus pretium. Itaque Pontifex jubet, & quidem secundùm Jus ordinarium, quando læsio est ultra dimidium justi pretii, rescindi contractum: ne autem laicus quereretur, se magnos sumptus & labores in colenda villa impendisse, quos compensare oporteret, respondit Pontifex, illos sumptus abunde compensatos esse excessu fructuum. ibi. *Quocirca mandamus, quatenus si prædictum monasterium propter hoc inveneritis enorme dispendium incurrisse, dictum laicum, ut (pecuniâ, quam pro exoneratione feudi, seu etiam pro vtilitate ipsius Monasterii expendisse noscitur, ab iisdem Abbate, & Conventu receptâ cùm sibi fructus percepisse sufficere debeant pro labore) præfatum feudum eidem Monasterio dimittat liberum, & quietum.* Quo textu utar in tr. de feudis ad alium scopum.

486. Objicitur 3. Hac ratione absterrentur homines à contrahendo cum minoribus, & aliis qui gaudent privilegio restitutionis. ℟. 1. ipsam legem hoc prævidisse, & ideo statuisse, ne passim hoc beneficium concederetur, sed consideratis considerandis, de quibus satis superque hactenus dictum est. ℟. 2. Non deesse media, quibus, si velint, possint sibi consulere, ut, exigendo fidejussores, vel etiam (quamvis aliqui contradicant) juramentum non utendi hoc restitutionis remedio.

487. Pro Coronide hujus Controversiæ placet referre judicium VVadingi, quo existimat, illas leges, quæ universim statuunt, minorem nunquam debere reddere pretium, si non sit factus inde locupletior, esse nimis rigidas; & quia non sunt Imperatorum decreta, sed responsa Jurisconsultorum, temperandas esse, & explicandas juxta illud quod habetur *L. 1. C. de Præscript. 30. annor.* quando scilicet ex parte emptoris dolus intervenit, non item si venditio fuit necessitatis, v. g. ad solvendum æs alienum. Quodsi debitor minori solvit debitum cum consensu Curatoris, & minor pecuniam malè impendit, datur adhuc restitutio, ut teneatur debitor denuò solvere (salvâ tamen actione adversus curatorem) nisi solutio fuisset redituum, vel annuæ pensionis. *L. sancimus. 1. L. constitutionem. C. de administr. tutorum, & alibi apud Molin. d. 224. §. ex hactenus.* & nos suo loco dicemus, acturi de administ. tut. & curat. ubi jura referemus.

CONTROVERSIA V.

De Causis aliis excusantibus ab obligatione restituendi.

SUMMARIUM.

§. I.

Quandonam excuset Impotentia, vel Necessitas.

488. OMnimodam impotentiam excusare quamdiu ea durat, est extra quæstionem: ad impossibile enim obligatio non datur, *ut habet Reg. Juris Civil.* 145. Item extra quæstionem est, quòd gravis necessitas excuset ab obligatione restituendi debita pecuniaria, quandoquidem in tali necessitate constituto licet etiam aliena accipere, quantò magìs non solvere de suo. de hoc dictum est superiùs, & in tr. de charitate,

tate, ubi etiam dictum, quòd transactâ necessitate reviviſcat obligatio reſtituendi.

489. DUBITATUR 1. An qui rem alienam habet apud ſe, & Dominus rei incidat in eandem neceſſitatem cum detentore (ſeu juſto, ſeu injuſto) teneatur detentor Domino reſtituere rem ſuam, quâ poſſit neceſſitati ſuccurrere. Negant Leſſius & Bonacina, ex eo fundamento, quòd tunc res illa deſinat eſſe in dominio, & fiat communis, ſeu primò occupantis. Verior tamen eſt ſententia affirmans, quam tenet Vaſquez & Lugo, & quidem ex fundamento contrario. Nempe quia in tali caſu manet in dominio antiquo. Probatur. Si Dominus rei incideret in illam neceſſitatem dum rem apud ſe teneret, nemo alius in eadem neceſſitate conſtitutus poſſet illi auferre, nec res fieret communis, quia tunc fit communis, quando Dominus illâ re non indiget, prout tradunt omnes Theologi, & ipſi adverſarii: atqui eodem modo res ſe haberet in caſu dubii, ſolâ detentione variatâ, cujus variatio non ſufficit ad auferendum dominium, ut per ſe conſtat: ergo nec tunc poſſet alienus detentor rem illam uſurpare, ſed teneretur reſtituere, quia non fieret Dominus, ſed potiùs detentio eſſet continuata, & virtualiter nova ablatio.

490. DUBITATUR 2. An grave detrimentum rei familiaris, aut etiam honoris, aut famæ, excuſet à facienda reſtitutione, v. g. ſi debeas centum, & non poſſis reſtituere, niſi præter reſtitutionem centum, adhuc plus damni quàm centum ſubeundum eſſet, vel quia deberes vendere domum pro 100. quæ valeret plus quàm ducentos, vel quia deberes facere expenſas tantas in reſtitutione. Et quidem gravi hujusmodi detrimento, & (niſi fallor) etiam minore excuſari eum, qui debet & non ex delicto, conveniunt DD. Quæſtio eſt de eo, qui debet ex delicto. Negant excuſari Caietanus & Sotus. Affirmat Leſſius. n. 21. hìc cum pluribus, quos citat: idem tenet Lugo, qui ſententiam præcipuè probat ex eo, quòd argumenta contraria nimium probent. Clariorem rationem reddit Leſſius. Nam licèt creditor non læderet juſtitiam, exigendo ſolutionem etiam cum tanto detrimento, læderet tamen charitatem, ſi ſolutionem taliter exigeret, ſi ſine ſuo notabili incommodo poſſet ſolutionis dilationem tolerare.

491. Quæres, quantum debeat eſſe damnum, quod debitor debet, vel non debet ſubire in ſolvendo debito. De hoc puncto jam ſuprà actum eſt. Nunc breviter

℞. 1. Si eſt debitor ex delicto, non excuſatur, ſi damnum adæquet ſummam debiti. Ratio eſt, quia nocens utique potiùs debet facere jacturam, quàm innocens: atqui ſi debitor ex delicto non teneretur in caſu poſito, deberet creditor innocens pati jacturam debiti: Ergo ne hic patiatur, par eſt, ut ille patiatur, cujus culpâ innocens alioquin pateretur. Reſpond. 2. Si tamen ſummam debitam (adnumerato etiam lucro ceſſante & damno emergente) notabili quantitate damnum excederet, excuſaret ſaltèm ab immediata reſtitutione facienda creditori, & poſſet reſtitutio fieri pauperibus, vel aliis ex præſumpta intentione creditoris. Excuſaret etiam à reſtitutione ſtatim facienda, ſi ſpes eſſet, dilationem non fore nimiam. Quæ omnia ex Regula generali metienda ſunt. an creditor conſideratis omnibus circumſtantiis eſſet, vel non eſſet rationabiliter invitus; & quid ſtatuerent homines, ſi antecedenter ad omnem caſum eventualem deberent circa hæc legem ferre, quam regulam ab initio hujus tractatûs exponere conatus ſum. ℞. 3. Si poſſet ſaltèm partem debiti reſtituere ſine impenſis cum prædicta proportione faciendis, tenetur utique hanc reſtituere, quia Dominus rationabiliter vult partem reſtitui, quando totum non poteſt. ℞. 4. Bonum inferioris ordinis non eſt obligatio reſtituendi cum detrimento bonorum ſuperioris ordinis in ſuo genere æquè gravi: dummodo illud bonum ſuperioris ordinis, v.g. ſtatum honoratum, juſtè acquiſivit debitor, & non ex ipſa injuſta læſione. ℞. 5. Si debitum non eſt ex delicto, ſed vel ex re accepta, vel ex contractu, tunc ad quid teneatur debitor, partim in ſuperioribus dictum eſt, partim in tract. de contractibus dicetur. Aliquando enim reſtitutio fit expenſis creditoris, & cum periculo illius, aliquando cum periculo & expenſis debitoris. Plura de his ſubtiliter diſputata, ſed vix practicabilia videri poſſunt apud Card. de Lugo. d. 21. ſ. 1.

§. II.

Vtrum ingreſſus in Religionem poſſit eſſe cauſa excuſans à ſolutione debitorum.

492. Aliqui ſimpliciter affirmant, alii ſimpliciter negant. Alii, quos ſequitur Lugo & Caſtro Pal. rectiùs mediâ viâ incedunt, & diſtinguunt. Si enim intra breve tempus (quale communiter putatur eſſe biennium) poterit debitor manendo in ſæculo probabiliter ſatisfacere debitis, tenetur manere in ſæculo, ſaltèm ſi debitum eſt vel ex delicto, vel ex contractu oneroſo; ſi verò nulla ſpes ſit, vel non niſi poſt longum tempus ſatisfaciendi, non tenetur cum notabili ſuo detrimento ſpirituali, & jactura, ad impediendum damnum fortunæ creditorum, intermittere ingreſſum. Secùs eſſet, ſi quis propter deflorationem teneretur ducere defloratam: tunc enim non poſſet ingredi Religionem, quia etiam corrupta ſubiret detrimentum libertatis grave, dum non ampliùs pro libitu poſſet invenire maritum niſi viliorem.

493. Deſa-

493. Defacto jure novo, ex motu proprio Sixti V. addito moderamine Clementis VIII. prohibentur Religionem ingredi debitores ultra vires, & facultates suas. Quinam verò hoc motu proprio comprehendantur, videri potest apud Sanchez, Lugo, Palao. Primò non habet locum in Monialibus. Secundò non comprehenduntur debitores, qui sine gravi culpa sua contraxerunt debita, & impotentiam solvendi, ità ut nulla sit spes, fore ut in sæculo manentes solvere possint. Colligitur ex illis verbis Pontificis: *Multi decoctores post dilapidatam rem familiarem & contractam ingentem vim æris alieni.* Tertiò non comprehenduntur, qui bonis cedunt, & non est spes satisfaciendi in sæculo cum beneficio competentiæ.

Ratio autem illius constitutionis ex natura rei reddi potest. Quia solutio debitorum est Juris naturalis: ingressus in Religionem nullius juris est, sed consilii: sicut ergo ob Ius naturale parentum pauperum tenetur filius manere in sæculo, ut alimenta præbeat parentibus, ità etiam in nostro casu Ius naturale prævalebit, per se loquendo, & cum limitationibus sæpè jam positis. Sed hæc aliò spectant.

§. III.

Vtrum solvens creditori sui creditoris liberetur.

494. REspondeo cum Card. de Lugo, per se loquendo, & cæteris paribus, si debita sint ejusdem rationis, & speciei functionem recipientis, liberatur, qui solvit creditori creditoris. Ratio est, quia per talem solutionem transfertur in debitorem Ius, quod ille creditor habebat erga creditorem debitoris: ergo creditor fit hoc ipso debitor sui debitoris: ergo si debita sint æqualia, mutuò compensantur.

Dixi. *Cæteris paribus.* Si enim creditor esset ejusmodi, ut vel debitum ejus non esset ità liquidum vel posset ab eo proximè sperari remissio debiti, vel debitor haberet alium modum illi satisfaciendi, solvendo aliud pro alio, cum suo majore commodo, vel tempus faciendæ solutionis adhuc esset procul, tunc cætera non essent paria.

Dixi 2. Si species, in qua fit solutio, sit fungibilis, seu functionem recipiens, ut sunt ea quæ consistunt in numero, pondere & mensurâ. Tunc enim intra eandem speciem potest unum pro alio solvi, hoc est, non est necesse idem numero reddi quod acceptum est, sed v.g. oleum pro oleo, pecunia pro pecunia, &c. Quod si non ex mutuo, sed aliunde debetur, tunc satisfit solvendo in tali specie, quæ in pactum deducta est. Solutio autem in alia specie, non potest fieri invito creditore. Quare si ego Petro deberem pecuniam, Petrus autem deberet Paulo oleum, & ego solverem Paulo oleum, quod ipsi debet Petrus, non liberarer ab obligatione solvendi pecuniam, quia invitus Petrus non potest cogi, ut debitum pecuniæ extinguatur solutione olei: potest enim illi esse commodius, solvere Paulo oleum, & accipere à me pecunias, quàm carere pecuniâ, & liberari à debito olei.



CAPVT V.

DE INIVRIIS IN BONIS FAMÆ, ET HONORIS, DEQVE RESTITVTIONIS OBLIGATIONE.

CONTROVERSIA I.

Quid sit Fama & honor.

SVMMARIVM.

Quid sit Fama. 495. 501.
Honor est testificatio de excellentia alterius, quà tali. 498.
Definitio honoris ejúsque differentia à laude. 499.

495. FAma in præsenti est bona existimatio aliorum de bonis nostris, cujusmodi sunt: Virtutes, Ingenium, Doctrina, Divitiæ, Forma, Nobilitas, Valetudo bona, Gratia, Favor Principum, &c.

In explicatione Honoris est aliqua dissensio. Et imprimis certum est, debere aliquo modo distingui Honorem à Laude: nam etsi omnis honoratio possit aliquo modo laus dici, non

tamen econtra omnis laus est honoratio: quis enim rectè dixerit me honorare Carnificem, si illum propter officium dextrè gestum laudavero.

496. Card. de Lugo docet, quòd Honor & Laus conveniant in hoc, quòd sint externa manifestatio internæ existimationis de altero: differre autem unicè per hoc, quòd laudando alium principaliter intendamus significare rem ipsam, seu objectum nostræ existimationis: honorando verò velimus principaliter significare nostram existimationem de bonis alterius.

Hæc tamen differentia non videtur mihi sufficere. Nam Laus & Honor non debent præcisè differre per aliquid omnino insensibile & internum, sed per aliquid sensibile: ut exteriùs discernere possimus, utrum præcisè laudare, an etiam honorare velimus.

497. P. Lessius docet, quòd Honor non sit quæcunque testificatio nostræ existimationis de excellentia alterius, sed superaddat etiam testificationem submissionis nostræ respectu talis Excellentiæ. Hanc opinionem rejicit P. Molina *to.* 5. *tr.* 4. *d.* 1. & Card. de Lugo: quia Deus honorat suos sanctos, & Rex Assuerus honoravit Mardochæum, nec tamen utique cum submissione sui: ergo hæc submissio non pertinet ad honorationem. In hac re

498. Censeo, Honorem non esse quamcunque testificationem æstimationis nostræ de bonis alterius, sed testificationem de alterius excellentia qua tali, adeóque esse conjunctam vel cum reverentia & submissione ipsius testificantis, vel cum intentione procurandi reverentiam & submissionem in aliis propter talem excellentiam.

499. Probatur imprimis ex communi & recepta definitione Honoris, quòd sit: externa testificatio Excellentiæ, hoc est, cujusdam eminentiæ supra alios, cujus intuitu debetur ab his submissio & reverentia. Hinc jam apparet primò discrimen inter laudem & honorem. Laus enim præscindit, an ille qui laudatur, sit propter bonum quod est objectum laudis, aliis præferendus necne. Apparet secundò, quâ ratione Deus suos Sanctos, & Princeps suos subditos dici possit honorare: nempe quando testificantur, esse dignos, quibus alii se submittant, & se velle ità fieri. Quamvis etiam non incommodè dici posset, Deum & Principem non honorare tales formaliter, sed tantùm causaliter, quod videtur indicasse Christus Joan. 10 *Si quis mihi ministraverit, honorificabit illum Pater meus.*

500. Probatur 2. Auctoritate S. Thomæ, qui id ipsum tradidisse mihi videtur q. 103. a. 1. ad. 1. Ubi ad hanc propositionem: *Honor est exhibitio reverentiæ in testimonium virtutis*: sic respondet. *Reverentia* (intelligit internam) *non est idem quod honor, sed ex una parte est principium motivum ad honorandum, in quantum scilicet aliquis ex reverentia quam habet ad aliquem, eum honorat: ex alia verò parte est honoris finis, in quantùm scilicet alius ad hoc honoratur, ut in reverentia habeatur ab aliis.*

CONTROVERSIA II.

Quid sit Infamia, & quæ illius causa.

SUMMARIUM.

INfamia alia Juris, alia facti. 502.
Infames infamiâ Juris, sunt duplicis generis. 503.
Quinam ex delicto proprio. eod.
Quinam ex delicto alieno. 504.
Quinam ex officio vili. 505.
Omnis Infamia à Jure Civili introducta, est approbata à Jure Can. 506.
Quis sit præcipuus effectus Infamiæ facti. 508.
Quando Clerico indicatur purgatio canonica. eod.
Virum efficiatur infamis, qui ob contumaciam in causa delicti infamantis condemnatur. 509.
An sententia Arbitri reddat infamem, sicut Sententia Judicis. 510.
An damnatus de crimine Stellionatûs sit hoc ipso infamis. 511.
Quomodo quis possit infamiam per sententiam incurrendam declinare. 513.

501. IUris Interpretes accipiunt Famam prout opponitur *Infamiæ*, hoc est, illi formæ à qua homines denominantur Infames.

Definiunt Famam seu existimationem ex lege *Cognitionum.* 5. §. 1. *ff. de Extraordinariis cognitionibus*, quòd sit: Dignitatis illæsæ status, legibus ac moribus comprobatus, qui ex delicto nostro authoritate legum aut minuitur aut consumitur. Ex qua definitione facilè colligitur, Infamiam esse læsionem famæ definitæ.

502. Infamia alia est Iuris (hoc est legum authoritate constituta) alia facti, hoc est, quæ quidem non est juris, sed tamen opinionem alicujus apud bonos & honestos viros gravat, ut definit Treutlerus *vol.* 1. *disp.* 8. *th.* 8. Huic divisioni, inutili planè subtilitate se opponunt Donellus, Niellius, Hotomannus & Hunnius, & faciunt quæstionem de nomine sine fructu, volentes Infamiam facti non esse propriè infamiam, de quo non est curandum. satis est, quòd habeat quosdam effectus, nec tamen omnes, quos habet infamia Iuris.

503. Infames infamiâ Iuris sunt triplicis generis: Ex delicto proprio: ex alieno: ex officio vili. Ad primum genus pertinent: Lenocinium exercentes, bina sponsalia vel matrimonium sine alterius jussu exercentes, vel tale jubentes: conducti ad pugnam cum bestiis non perniciosis: descendentes in certamen privatum cum alio quæstûs causâ, seu pretio accepto: (quales

les tamen non sunt pugiles Germaniæ, qui pro præmio pugnant ad virtutem & artem ostendendam) Milites ab exercitu ob delictum dimissi, aut militaribus insignibus spoliati: Usurarii: Perjuri, non quidem de Iure communi, sed Bavarico. Denique novissimâ Imperii Constit. apud Treutl. Notarii de illicitis rebus instrumentum conficientes. Ex his delictis notoriis, ipso jure, ante omnem sententiam condemnatoriam oritur infamia Iuris. Sententiam verò condemnatoriam requirunt Infames ex condemnatione ob delictum publicum, qualia sunt Crimen læsæ Majestatis, Adulterii, Proditionis, Falsi, Rapinæ, Homicidii, Furti, Injuriarum, Doli mali, Perjurii commissi in violatione juratæ transactionis. *l. 41. C. de transact.* commissi Doli in contractu Societatis, in Tutela, Mandato, Deposito, Accusatione alieni criminis, item damnati ad pœnam publicam, fustigationis, flagellationis: quod ultimum tamen limitat Treutlerus & Bacchovius, si ex causa famosa irrogetur. De his exstat tit. *ff. de his qui not. infam.* & alius. *C. ex quibus caus. inf. irrog.* & videri pleniùs possunt apud Molin. *d. 8. & 9. to. 5.* neque enim hæc ex professo tractare ad meum institutum pertinet, & à Theologis tractatur in materia de Irregularitatibus. sufficit hîc summatim recensuisse.

504. Ex delicto alieno infames sunt: Filii & Nepotes parentum violentas manus in Cardinalem injicientium, filii proditorum crimen læsæ Majestatis committentium. Illegitimi sunt infames non simpliciter, sed solùm in ordine ad effectus jure expressos, ut est Irregularitas. *c. 1. 2. & ult. de filiis præsbyt.* cùm interim, Iure non prohibente ad actus legitimos, & munera publica admittendi sint, ut ad officium Tabellionis: item hæredes à patre instituti non possunt à fratre testatoris repelli per querelam inofficiosi, (cùm alioquin infames possint repelli,) casu quo non adsit unus ex descendentibus vel ascendentibus.

505. Ex Officio vili sunt infames Histriones, hoc est agentes in publicis obscænis spectaculis, & qui matrimonium init cum muliere hujusmodi actionibus mancipatâ. Item in Germania Carnifices, & etiam aliqui lictores, quorum filii infames censentur, adeo, ut non solùm à dignitatibus, sed etiam à Mechanicis opificiis repellantur, teste Laymanno.

506. Omnis Infamia à Iure Civili introducta, est approbata à Iure Canonico *c. omnes. 6. q. 1. Omnes verò infames esse dicimus, quos leges seculi infames appellant, & omnes, qui culpis exigentibus ad Sacerdotium non possunt provehi*, inquit Hadrianus Papa. & præterea adduntur Raptores mulierum, *Trid. sess. 24. c. 6. de Reform. Matrim.* item induellum descendentes, eorùmque, patrini *sess. 25. c. 19. de Reform.* Insecutores Cardinalium *c. felicis, de pœnitent: & Remissionibus in 6.*

507. Infamia facti seu popularis ac vulgaris non potest in species deduci, quia consistit in factis, quæ infinita sunt. Est autem Infamia facti longè levior quàm Infamia Iuris: ista enim nisi à Principe, vel alio privilegium habente tollatur, seu purgetur, est perpetua. Infamia verò facti contrario facto tolli potest.

508. Præcipuus Infamiæ effectus est, quòd excludat ab omnibus dignitatibus & officiis, etiam tabellionis, & advocati juxta Reg. Iuris in *6. Infamibus portæ non pateant dignitatum.* Episcopus non potest cum infamibus dispensare, ut ad ordines ascendant: in susceptis tamen ut ministrent post peractam pœnitentiam, potest dispensare, si tamen delicta fuerint adulterio minora. *C. & si Clerici. 4. de Iudiciis.* Ibi. *De adulteriis verò, & aliis criminibus, quæ sunt minora, potest Episcopus cum Clericis post peractam pœnitentiam dispensare.*

Quando Clericus non ex vanis, sed probabilibus conjecturis infamatus est infamiâ facti, de crimine, cujus plena probatio deficit, indicenda est illi purgatio Canonica, ut juret, se delictum non commisisse, & adducat viros honestos compurgatores, hoc est, jurantes, se credere, purgatorem verum jurasse. *C. quoties. de Purgat. can.* Ubi ponitur formula hujusmodi. Clericus jurabit primum super S. Dei Evangelia, quòd delictum non commiserit. *Deinde purgatores super S. Evangelia Dei jurabunt, quòd ipsi credunt eum verum jurâsse.* Nunc aliqua dubia circa infamiam lubet breviter expedire. Itaque

509. QUÆRITUR 1. Utrum efficiatur infamis, qui ob contumaciam in causa delicti infamantis condemnatur. Ratio dubitandi est, quia contumax pro convicto habetur. Nihilominus negativa verior est, quia contumax non est verè, sed tantùm Iuris fictione convictus.

510. QUÆRITUR 2. An sententia arbitri etiam reddat infamem sicut sententia Iudicis. Negativè respondet JC.tus in *L. 13. ff. de receptis, qui arbitrium receperunt.* ibi. *Ex compromisso arbiter infamiam non facit, quia non per omnia sententia est.* Ratio ulterior est, quia causa infamiæ æquiparatur capitali. *L. Iusta. ff. de manumissis vindictâ.* Atqui de vita & capite non potest statui privatim. *L. 13. ff. ad L. Aquil.* compromissum autem privata quædam conventio est, & arbiter nullam habet Jurisdictionem.

511. QUÆRITUR 3. An damnatus de crimine Stellionatûs sit hoc ipso infamis. Videntur enim Leges sibi esse contrariæ. Nam in *L. quid ergo. 13. §. fin. ff. h. t.* dicitur. *Crimen stellionatûs infamiam irrogat damnato, quamvis publicum non est. In lege. 2. verò ff. Stellionatûs:* dicitur: *Iudicium famosum quidem non est, sed coërcitionem extraordinariam habet.* Est autem Stellionatûs crimen aliquo modo genus, ad omnia nimirum crimina,

mina, quæ non habent titulum specialem. Unde quod in privatis Iudiciis est actio de dolo, hoc in criminibus est persecutio stellionatûs. Exemplum est, si quis rem alii obligatam, aut datam dissimulatâ priori obligatione alii distraxerit, obligaverit, in solutum dederit. *L.* 3. §. 1. *h. t.*

512. Ad Quæsitum varii sunt excogitati modi conciliandi illas leges. communior est: quem tenent Duarenus, Donellus, Hunnius & Corvinus in aphoris: Iudicium Stellionatûs per se famosum non esse, sed tunc solùm, adeoque per accidens, si ex eo crimine descendat, quod etiam in privato judicio infamiam condemnato importet: v. g. si competeret de dolo.

513. QUÆRITUR 4. Quomodo quis possit Infamiam per sententiam incurrendam evitare. ℞. Posse evitare, si pœnam pecuniariam debitam, & in quam esset condemnandus, v. g. ex actione furti, aut rapinæ, offerat. Neque est necesse, ut ante litis contestationem offerat, quidquid dixerit Bartolus & Treutlerus, moti lege 37. ff. de Procuratoribus, colligitur ex §. *ult. Inst. de perpet. & tempor. act.* ibi. *Quodsi ante rem judicatam is cum quo actum est, satisfaciat actori, officio Iudicis convenit eum absolvere, licèt in ea causa fuisset, judicii accipiendi tempore, ut damnari deberet.* Cui planè consonat lex 37. cit. si tota perlegatur, & perpendatur, licèt prioribus verbis oppositæ sententiæ favere videatur. Nam in fine dicitur. *Quodsi lis contestata est, hoc omne officio Judicis dirimendum est.* Et ità sentit Abbas Panormit. & inclinant Donellus, & VVesenbecius.

CONTROVERSIA III.

Quomodo per actus internos Iudicii peccetur contra Famam alterius.

SUMMARIUM.

514. PEr Iudicium internum tollimus in nobis seu intra nos famam alterius: & si quidem hoc temerè fiat, dicitur Iudicium temerarium, & est contra Iustitiam. Pro quo

Notandum 1. Iudicium temerarium in genere definiri posse, quòd sit: Iudicium seu sententia interna, sine sufficiente fundamento lata contra proximum in rebus ad bonam existimationem spectantibus. vel breviùs: Est sinistra existimatio de bonis alterius absque fundamento sufficiente. Debet igitur esse Iudicium voluntarium, & inevidens, nixum fundamento tam levi, ut virum prudentem non debeat movere, eò quòd sit admodum fallax.

515. Notand. 2. Hujusmodi temerarii Iudicii quatuor gradus communiter à DD. assignari. Supremus est: Iudicium temerarium antonomasticè sumptum, hoc est, quo sine sufficiente fundamento judicas malè de proximo, cum tanta firmitate, ut statuas non recedere ab opinione, nec investigare magìs veritatem, sed paratus sis ad opus procedere, hoc est, actiones tuas circa talem personam ex tali judicio ordinare.

Secundus gradus vocatur *Opinio*: quando quidem opinaris malè de proximo, sed non cum adjuncta firmitate, sed cum tali modo tendendi, à quo te ostendas facilè dimovendum. Tertius assignatur, *Suspicio*. Quartus, *Dubitatio*. Hos duos ultimos gradus valde diversimodè declarant DD. Multi volunt, Suspicionem non differre ab Opinione, nisi secundùm magìs & minùs. Ità P. Molina. Alii volunt non differre à Dubitatione, nisi secundùm magìs & minùs, sed non declarant modos tendendi proprios horum actuum prout differunt ab Opinione. Ità P. Dicastilo & alii. P. Esparza non distinguit ullo modo Suspicionem ab Opinione. Card. de Lugo ait, Suspicionem esse quendam assensum inchoatum, quatenus judicat, latere ibi aliquod fundamentum ad Opinandum, licèt ità judicans necdum opinetur.

Dubitationem dicunt communiter omnes, esse suspensionem Iudicii circa utràmque partem contradictionis, neutri assentiendo. Cæterùm, etsi hæc suspensio sit verissima dubitatio, attamen hac ratione non declaratur, quomodo Dubitatio, sit gradus temerarii Iudicii genericè sumpti: nec facilè apparet, quomodo per dubitationem possit peccari: nam actus imperans suspensionem Iudicii, quando non adest evidentiá, non est peccatum per se loquendo.

516. Card. de Lugo n. 20. sic explicat. Dubium, de quo in præsenti loquimur, est, quando judicamus rem esse dubiam, vel suspendimus assensum, quasi partim consentientes motivo illi levi, quod nobis proponitur contra probitatem proximi. Sed contra hoc statim urgetur. quid significat phrasis illa: *quasi partim assentientes?* quid est: *partim assentiri?* quid: *quasi*

quasi assentiri? ego certè non intelligo. Deinde necdum declaratur objectum illius Iudicii, quo temerè judico: rem esse dubiam. Si enim dicas, esse suspensionem assensûs, tunc judicium erit evidens, quia evidens mihi est, me suspendere assensum: ergo non est temerarium.

517. Ex hactenus dictis apparet difficulter ostendi posse speciem Dubitationis, ut contradistinctæ ab opinione & suspicione, & ideo fortasse S. Thomas non distinxit, sed *q. 60. a. 3.* per dubitationem intellexit Opinionem, Suspicionem & Dubitationem, & ex his unum gradum constituit, quasi solis nominibus differrent. Et quidem ad praxin parùm interest, cùm solo Iudicio temerario primi gradûs per se loquendo soleat mortaliter peccari, ut dicetur.

518. Si tamen ex proprio sensu aliquid in hoc puncto dicere concessum est, existimo, Dubitationem strictè sumptam esse posse Iudicium, quo Iudico ex levi fundamento, v. g. quia Clericum video familiariùs loqui cum adolescente, esse dubium, an sit castus. Deinde verò τὸ *esse dubium*, posset explicari, quomodo sit objectum illius Iudicii, dicendo, illud Iudicium judicare, quòd difficile sit reperire positivam probabilitatem Castimoniæ illius Clerici, quæ omnibus consideratis possit fundare prudentem assensum. Sicut enim suspicio (ut ex Lugone retuli) judicat subesse probabilitatem incontinentiæ, ità Dubitatio, quæ minùs lædit famam proximi, judicat, deesse probabilitatem continentiæ. Minùs enim malum est, deesse probabilitatem externam boni, quàm adesse probabilitatem mali.

519. Notandum 3. Pro diversitate horum graduum requiri etiam diversa indicia excusantia à temeritate Iudicii: nam quæ sufficiunt ad excusandam à peccato Dubitationem, non sufficiunt ad excusandam suspicionem, & sic deinceps. In exemplo. Si videas Clericum, vel Religiosum cum fœmina alioquin suspecta solum loquentem familiariter, erit aliquando sufficiens fundamentum ad dubitandum, & suspendendum assensum, an ille Clericus, aut Religiosus sit studiosus continentiæ, non tamen erit sufficiens ad suspicandum, hoc est, ad judicandum, quòd subsit & lateat probabilitas incontinentiæ. Quodsi videres illum cùm fœmina suspecta nonnihil jocantem, v. g. percutiendo se vicissim, esset quandoque fundamentum sufficiens ad suspicandum, fortè tamen necdum ad opinandum. Quodsi accederet palpatio manuum aut vultûs, esset fundamentum opinandi. Si denique accederent oscula & amplexus, esset quandoque fundamentum etiam firmi & non temerarii judicii formandi, quia talia indicia rarò, aut vix unquam fallunt. Sed hæc exempli gratiâ.

520. Notandum 4. Temeritatem in judicando posse contingere dupliciter: primò, & rariùs, quando videns insufficientiam fundamenti & indiciorum, nihilominus ex malitia pergo judicare. Secundò & frequentiùs, quando nolo inquirere, an indicia sint sufficientia ad talem gradum Iudicii, advertens obligationem inquirendi, & tamen pergo judicare. His notatis

DICO 1. Judicium temerarium supremi gradûs, si est in materia gravi, & deliberatum, est peccatum mortale. Luc. 6. *Nolite judicare, & non judicabimini.* Ratio est. Quia sicut per detractionem apud alios, ità per temerarium judicium apud nos ipsos auferimus bonam famam, quam alter possidebat, vel si positivè non possedit bonam famam, eò quòd nihil boni de eo specialiter sciebamus, auferimus tamen hoc ipsum æstimabile bonum, quod est: *Non æstimari malum ab aliis*, quæ est bona fama negativè. Deinde per tale temerarium Iudicium præcluditur injustè via ad bonam famam positivam acquirendam, sicut si quis mihi in via publica obsisteret, ne possem pergere ad nundinas, ut inde lucrum reportarem.

521. DICO 2. Opinio temeraria faciliùs & sæpius à peccato mortali excusatur, &, per se loquendo, non videtur unquam esse mortale, sicut nec Suspicio, & Dubitatio. Ità communiter Theologi. Ratio est, quia tale formidolosum Iudicium facilè deponibile, non disponit animum, ut procedat ad operationes exteriores, sicut temerarium Iudicium, & ideo nemo rationabiliter graviter ægrè ferret tale Iudicium, utpote ex se non graviter nocivum.

522. DICO 3. Quando sunt utrinque probabilia indicia, tunc non licet judicare positivè & directè contra famam alterius, neque tamen etiam teneor positivè judicare pro fama alterius. Prior pars probatur: quia in dubio nemo est condemnandus aut infamandus, melior enim est conditio possidentis famam: neque ob solam probabilitatem licitum est, auctoritate privatâ alterum privare re possessâ, ut tradit S. Th. a. 4. Secunda pars Conclusionis etiam probatur. Nemo enim tenetur se in favorem alterius exponere periculo errandi intellectualiter: atqui omne judicium probabile exponit tali periculo. Ergo, &c.

523. Dices in dubio favendum est reo, & dubia sunt benignè & in meliorem partem interpretanda: & ut habet regula Juris civil. 135. §. fin. *In re dubia benigniorem interpretationem sequi non minùs justius quàm tutius.* ℞. Hæc esse intelligenda vel de Iudicio externo, vel de signis externis, quatenus me debeo gerere exteriùs, acsi nihil scirem de probabilitate opposita.

Advertunt tamen Theologi cum S. Thoma, quòd licitè possit aliquis se cum tali persona circumspectè gerere, modò nihil debiti honoris, & obsequii denegetur.

CONTROVERSIA IV.

Quid de Detractione dicendum sit.

SVMMARIVM.

Quid sit Detractio. 524.
Fit verbis & factis. eod.
Detractio alia est simplex, alia Susurratio. 525.
An, & ex quo capite Detractio differat specie à temerario Iudicio. 526.
Differunt specie Theologicâ. 527.
An Detractio sit peccatum mortale, si fiat in materia gravi apud unum solum hominem. 528.
Quid operetur Detractio apud unum solum. 532.
Quanta necessitas sufficiat, ut licitum sit divulgare alienum delictum. 535.

524. Detractio est alienæ famæ injusta apud alios denigratio, seu diminutio. Fit quidem communiter verbis, sed quandóque etiam factis, quæ verbis æquivalent ad significandam mentem, v.g. pingendo alicui in janua patibulum ad significandum furtum, appendendo cornua ad significandum adulterium. Fit autem detractio non solùm affingendo alicui falsum, sed etiam occultum verum manifestando aliis quibus necdum notum est: quia apud hos adhuc possidetur bona fama, quâ possessione injustè spoliatur in certis circumstantiis, ut patebit ex dicendis: & hinc nascitur obligatio restituendi.

525. Detractio alia est simplex, alia est Susurratio, nempe quando quis lædit famam apud tales personas, ut per consequentiam lædatur pax, concordia, charitas, v.g. inter consanguineos, domesticos, familiares: tenetúrque Susurro ad restitutionem non solùm famæ, sed etiam pacis, concordiæ, &c. & est peccatum specie distinctum à simplici detractione, juxta regulam à nobis traditam de distinctione specifica peccatorum in lib. 3.

526. QUÆRITUR 1. An, & ex quo capite Detractio differat specie à Temerario judicio. Adverto, duplicem bonam famam proximi posse considerari, radicalem & formalem. Radicalis bona fama est notitia habitualis seu species quas accepimus de doctrina Petri v.g. quando audivimus eum disputantem, aut concionantem, &c. quæ species quando excitantur, inclinant nos ad judicandum, Petrum esse doctum, quamdiu non acquirimus species inclinantes ad judicium contrarium. Fama formalis est ipsum actuale judicium de doctrina Petri. Hoc observato

527. DICO, Temerarium Iudicium & Detractionem esse peccata specie Theologicâ diversa. Ità Lugo, asserens, esse conformem praxi Confessariorum, & fidelium sensui. Est tamen contra Molinam & Dicastillo. Probatur, Iudicium temerarium hoc ipso quòd sit temerarium, & sine sufficiente fundamento elicitum, non extinguit in suo subjecto bonam famam radicalem, sed relinquit totam, vi cujus sine alia instructione extrinsecus adveniente possumus restituere bonam existimationem apud nosmetipsos, reflectendo nos supra temeritatem judicii præcedentis, & supra insufficientiam motivorum. Econtra Detractio tollit etiam in proximo, quantùm in se est, bonam famam radicalem, ingenerando species contrarias, quibus priores species suadentes bonam famam, opprimantur, & vincantur: unde opus est novâ instructione extrinsecùs adveniente ut redeat bona existimatio habitualis apud eum, qui detractori aures dedit. Ergo est sufficiens fundamentum diversificandi specie hæc peccata, juxta regulam traditam in lib. 2. operis Theologici tr. 1. de Peccatis.

528. QUÆRITUR 2. An Detractio sit peccatum mortale, si fiat in materia gravi apud unum solum hominem, qui rem secretam tenebit, nec aliud damnum inferet illi cui detractum est. Negant Cajetanus, Antoninus & alii, quorum sententiam probabilem vocant Dicastillo & Diana.

529. DICENDUM tamen est, etiam talem detractionem, per ser loquendo, esse peccatum mortale. Ità communis. Probatur primò à minore ad majus. Minùs est, perdere tantùm bonam famam formalem per temerarium judicium apud unum hominem, quàm perdere famam tam formalem quàm radicalem per detractionem apud unum hominem: atqui temerarium judicium tantùm tollit famam formalem, & quidem apud unicum hominem, & tamen est peccatum mortale: ergo multò magìs detractio.

530. Probatur 2. à priori. Quia vel apud unum virum gravem amittere famam in re gravi, etiamsi quis certus sit, nihil inde ulterioris damni secuturum, maximè molestum & durum est, quod quidem negant adversarii, sed experientia comprobat in obligatione confitendi delictum Sacerdoti noto, etiamsi aliud incommodum nullum timeatur. Certè sub prætextu contrarii fundamenti denique alius extendet ad duos, alius ad tres, & sic deinceps.

531. Objiciunt 1. Fama, Honor, & æstimatio hominum non sunt bona per se appetibilia aut æstimabilia à prudentibus, sed solùm in quantùm sunt stimuli ad vitia fugienda, sectandásque virtutes, in quibus verus honor consistit, & in quantùm juvant ad reliqua bona fortunæ comparanda, & proximos ædificandos; quodsi non deserviant ad aliquid horum, non possunt licitè appeti, imò debent contemni à viro probo. sed in nostro casu, ut supponitur, id quod honoris deperditur aut famæ, nihil impedit aut juvat ad prædictos fines: ergo non est, cur tanti æstimetur à viro prudente.

532. Hoc

532. Hoc argumentum, quod P. Dicastillo putat, non esse facilè solubile, imprimis nimiùm probat, nempe quòd ne quidem veniale peccatum esset, quod nemo concedit. 2. probat, quòd denique non esset ægrè ferendum, si centum hujusmodi viris manifestaretur, à quibus de cætero nihil timendum esset, quod iterum nemo concedit. Itaque ad argumentum respondendo, transeat major (quam scio à magnis hujus temporis Theologis intrepidè negari) nego minorem: nam talis detractio evidenter hoc operatur, ut infamatus non possit ampliùs sub motivo bonitatis sibi detractæ, v.g. sub motivo hominis Casti aut temperantis, amari ab illo viro prudente ut finis CUI: amari autem est alteri benè velle: unde sequitur, quòd casu quo enervarentur alia motiva amandi, cessaret omnis amor. Deinde ille vir prudens non potest ampliùs tam honorificè ut priùs, & sine mendacio suam existimationem apud alios testatam facere, quod tamen utique servire posset ad aliquem finem in argumento positum.

533. Objiciunt 2. Licitum est in Confessione explicare circumstantiam peccati, ex qua Confessarius intelligat complicem: ergo talis revelatio non est gravis infamatio. ℞. Negando consequentiam. Neque enim hoc ideo licitum est, quia non est gravis infamatio, sed quia adest necessitas manifestandi. Tunc ergo solummodo talis manifestatio licita est, quando sine illa non potest sufficienter explicari species peccati, v. g. incestus cum matre, sorore,&c. adeoque in favorem integritatis Confessionis est licita: atqui quando subest justa causa infamandi, cessat malitia formalis infamationis. Hinc communis habet sententia, quòd pœnitens non tantùm possit, sed etiam debeat manifestare complicem, non obstante ejus infamatione apud Confessarium, ut videre licet apud Dicastillo *hic lib. 2. tr. 2. d. 12. p. 2. d. 9.* & Lugo de Pœnit. *d. 16. s. 7. & 8.* & ex professo tractavi in eodem loco.

534. Objic. 3. ex probabili sententia potest quis ad leniendum dolorem, modò absit vindicta, manifestare amico delictum occultum, quo ab altero læsus est: ergo signum est, quòd non sit gravis infamatio. ℞. Transeat antecedens: negatur consequentia. Probabilitas illius sententiæ fundatur in hoc, quòd tunc subsit justa, & sufficiens causa: an autem reverâ talis sit, constabit ex dicendis.

QUÆRITUR 3. Quanta necessitas sufficiat, ut licitum sit evulgare alienum delictum.

535. **DICO 3. Et respondeo cum distinctione. Vel accepisti notitiam illius occulti defectûs injustè, vel sine injuria ad te pervenit. Si primum, tunc ut tradit Card. de Lugo *d. 14. s. 7. n.* 101. subdistinguendum est: si incidat casus, in quo posses licitè hujusmodi notitiam** tibi comparare, si eam necdum haberes, tunc posses uti notitiâ, quam jam habes, quantumvis injustè comparatam, & posses delictum evulgare, si id casus & necessitas postularet, v.g. si necessaria esset alieni delicti evulgatio, ad redimendam injustam vexationem, quam pateris ab eo, cujus occultum delictum nosti, vel si Reipublicæ salus id exigeret, vel si ipse reus teneretur ex justitia suum delictum manifestare. Ratio est, quia tunc habita notitia justificatur, & perinde se habet, acsi de præsenti justè acquireretur, ut in simili docent Theologi de injusta ablatione pecuniarum, quæ deinde retineri possunt, si casus emergat, quo eas licitè accipere possem.

536. Quodsi nullus hujusmodi casus incidat, non potes evulgare gravè delictum, injustè cognitum, propter quodcunque gravissimum tuum damnum & periculum etiam mortis evitandum. Ratio est, quia cùm notitiam injustè comparaveris, nec illa justificetur, perinde te gerere debes, acsi nullam criminis notitiam haberes: atqui casu, quo nullam notitiam haberes, non liceret tibi fingere delictum alterius, ut tuum incommodum evitares. Ergo, &c.

Si verò notitiam justè comparâsti (qui casus est frequentior) nec accepisti sub secreto, tunc observanda est regula, quam tradunt DD. in materia charitatis, & breviter superiùs retulimus, nempe, quando damnum meum, vel alterius innocentis, quod imminet ex delicti alieni occultatione, est respectivè tam grande, ut illud non teneter ex charitate subire ad impediendum grave damnum alterius, quod illi imminet ex manifestatione delicti, tunc possum licitè manifestare, sed cum hac cautela, ut manifestatio fiat cum minore damno, quàm fieri potest. Ità Card. Lugo. n. 113. v. g. si tibi ex occultatione alieni delicti imminerent tormenta, vel gravis jactura bonorum, quâ de statu tuo decideres, potes alienum delictum manifestare, etiam cum jactura vitæ illius, sicut in certis casibus ob bonum publicum potest delictum occultum denuntiari. Idem cum proportione dicendum est, si damnum esset in bonis fortunæ.

537. Probatur 1. A posteriori. Certum est ex omnium sensu, quandoque hujusmodi revelationem criminis alieni licere, non solùm ob bonum publicum, sed etiam ob privatum, ut cùm conjuges inter se manifestant delicta filiorum, vel famulorum: atqui non potest alia expeditior regula & mensura assignari, quàm illa, quæ assignatur in charitate. Ergo hæc est assignanda.

538. Probatur 2. à priori. Quia Ius, quod habet reus, cujus delictum adhuc occultum à te scitur, est infirmum, & limitatum, nempe, ut non propaletur, nisi quando & in quantùm expedit posse propalari: expedit autem posse propalari tunc, quando alius innocens ex retentione

ne secreti pateretur damnum respectivè notabile: ergo, &c. Minor probatur. Nam ad tranquillitatem Reipublicæ,& ut illi qui deliquerunt occultè, habeant stimulum conservandi deinceps bonam famam per bonos mores, sufficit, si non liceat eorum defectus propalare sine causa urgente: & econtra, expedit omnibus hoc frænum injici, ut sciant, sua delicta etiam occulta posse propalari, quando occultatio esset innocentibus graviter damnosa. Ergo in hoc casu est facultas propalandi, quantùm necesse est ad prædictum finem.

CONTROVERSIA V.

Quænam Notorietas, seu Publicitas, vel alia causa excuset à vitio Detractionis.

SUMMARIUM.

539. QUÆRITUR 1. An publicitas seu notorietas sufficiat ad excusandum à vitio detractionis. Respondetur affirmativè. Ratio est, quia si comparetur damnum quod infertur per ulteriorem propagationem & propalandi licentiam, cum commodo quod affert Reipublicæ potestas & licentia ulteriùs propalandi, commodum Reipublicæ præponderat, quod sic declaratur. Quando crimen vel defectus jam est publicus, expedit, alios adhuc ignaros quandóque certiores fieri, ne alioquin delinquens honoretur & magni fiat, ac præferatur aliis ille, qui apud alios communiter & publicè caret bonâ famâ, & merito suo aliis posthabendus: talis autem honoratio cedere posset in aliorum præjudicium, qui habentes famam integram, æqualiter honorarentur cum habentibus famam denigratam, & sine jure recuperandi, eò quòd non sit falsa, sed vera fama publica.

Porrò hæc ratio non procedit, quando defectus adhuc occultus est; tunc enim non expediebat licentia evulgandi, per hanc enim licentiam tolleretur stimulus honestioris vitæ & morum apud plurimos, qui defacto mores rectè componunt, ut bonam existimationem apud ignaros delicti commissi conservent.

540. QUÆRITUR 2. Quanta & qualis debeat esse publicitas, ut excuset à vitio detractionis. ℞. 1. Notorietatem juris sufficere, ut quis possit crimen per sententiam condemnatoriam publicatum, & quæ transiit in rem judicatam, publicare ubivis locorum, etiam quo notitia alioquin non fuisset tam facilè perventura. Ratio est, quia sicut ipse Iudex posset suam sententiam omnibus manifestare, ità censetur aliis facultatem dare eandem ubivis manifestandi. hæc enim est publicationis intentio & finis, ut sententia quàm latissimè dimanet.

541. ℞. 2. Quæ sunt publica notorietate facti simpliciter & absolutè, possunt non tantùm in vicinia ulteriùs evulgari, sed etiam in locis remotioribus, cum quibus commercium litterarum esse potest. Ratio est, quia si quis ex illis partibus remotioribus eò veniret, ubi crimen publicum est, posset illi tanquam publicum manifestari: ergo etiam absenti manifestari potest: jam enim alteri licet notitiam delicti acquirere, nec interest an eam comparet per accessum ad me, vel meum accessum ad illum. Talia delicta communiter sunt, quæ sunt notoria in aliquo oppido aut civitate. Non item illa quæ sunt solùm notoria in aliqua communitatate strictiore, cujusmodi sunt communitates Religiosorum, talium enim delicta plerúmque ejusmodi sunt, quæ si aliis extra communitatem publicarentur, etiam innocentibus illius communitatis maculam aspergerent: solet enim vitio malevolorum hominum toti hujusmodi communitati attribui, quod ab uno alteróve committitur. Quapropter jure merito censentur omnes & singuli inviti quoad talem publicationem, & ideo singuli ex tali communitate tenentur servare secretum.

542. Ex hac ratione videor mihi rectè inferre, aliquando hoc ipsum verificari posse in delicto publico in aliqua civitate. Finge enim aliquos ex civibus commisisse actum aliquem valde ridiculum, imprudentem (qualia de pluribus civitatibus conficta esse nemo ignorat) qui si apud alios evulgaretur, omnibus illius civitatis incolis, præsentibus & futuris, non leve præjudicium crearet, ut quocunque venirent, fabula fierent, unde sæpè periculosæ rixæ nascerentur: quæ incommoda qui prævideret, non posset, meo quidem judicio, sine gravi culpa, prætextu publicitatis, talem actum evulgare.

543. ℞. 3. Si illud delictum, quod aliquando fuit publicum publicitate facti non juris, deinde oblivioni traditum sit, & reducatur in eum statum, in quo fuit ante publicitatem, redit etiam obligatio non publicandi. Esset enim recens

recens & nova famæ ablatio, & quidem famæ justè possessæ.

544. QUÆRITUR 3. Quot hominibus innotuisse necesse sit, ut crimen sit publicum sive simpliciter sive respectivè, hoc est, respectu certæ communitatis. ℞. In genere hanc regulam tradi. Si tot homines & talis conditionis, sciant delictum, ut, etiamsi ulterior evulgatio esset prohibita, parùm tamen eâ prohibitione impediretur, quominùs ulteriùs evulgaretur, sive id proveniret ex talium hominum inconsiderantia, sive nimia loquacitate, &c. tunc censeri delictum esse sufficienter publicum, ut sine vitio possit ulteriùs evulgari. Ratio est, quia in tali casu spes retinendæ bonæ famæ apud alios est ferè nulla, ut proinde inutiliter alii gravarentur ad illam illæsam servandam. Practicè ità statuunt Molina & Layman *tr. 3. p. 2. c. 3. n.* 8. Si Communitas constet. 8. personis, sufficit, si cognoscant delictum 4. personæ. Si constet 20. sufficit si cognoscant septem. Si constet centum, sufficiunt 15. aut 20. ex diversis domibus. & denique si civitas constet 5000. sufficit si triginta sciant. Semper autem subintelligendum est, si sciant notitiâ non per injuriam acquisitâ. Si dubium est, an sit defectus sufficienter publicus, non licet ulteriùs propalare, quia in dubio melior est conditio possidentis. Cæterùm limitat P. Layman superiùs traditam doctrinam. Si crimen, inquit, in domo notorium sit, non ideo potest aliis ex vicinia manifestari, vel, si in vicinia duntaxat notum, non ideo aliis partibus amplæ civitatis, vel locis, in quibus criminosus famam hactenus illæsam retinet, fas est revelare. Ità P. Laym. ex qua limitatione colligi potest, taxationem numeri personarum pro minore vel majore communitate, non habere vim regulæ fixæ, sed semper tandem recurrendum esse ad regulam generalem paulò ante traditam, nempe si res ità notoria sit, ut moraliter loquendo, & spectatâ hominum conditione, vix ulla spes sit fore, ut crimen maneat occultum; ac proinde non esse æstimabile damnum, quod inferri possit per ejus evulgationem, ut statim in sequentibus advertit idem P. Layman.

545. QUÆRITUR 4. An sit peccatum mortale, propagare scienter crimen falsò de alio jam satis publicè sparsum, ità ut si esset verum liceret propagare notitiam. Respondeo cum distinctione. Si quis plus non diceret, quàm se habere ex fama communi, non peccaret graviter contra justitiam, quia verum diceret, & effectivè non plus damni inferret, quàm liceret inferre cuivis alteri, qui ex eadem fama publica (sed ignarus falsitatis) propagaret. Si verò diceret, sibi aliunde constare de veritate famæ & delicti, tunc peccaret mortaliter: quæ videtur esse mens P. Laym. l. c. Cont. 2. Ratio est, quia cùm falsitas famæ posset aliunde innotescere, & sic spes esse recuperandæ bonæ famæ, novus ille infamator suâ auctoritate, quantùm in se est, impediret restitutionem famæ: sicut qui aliquem jam antè funibus ligatum, vellet novo vinculo ligare, ne, si alii sua vincula tollerent, solutus abire posset.

546. QUÆRITUR 5. An homini non existenti possit graviter detrahi, cum obligatione restituendi. ℞. 1. Homini qui nunquam exstitit, sed fingitur exstitisse, nulla potest fieri injuria per detractionem, quia nullam famam habet, & in hominum notitia non aliter existit quàm individuum vagum: ac proinde non aliter lædi potest, quàm si dicerem, aliquem hominem in concavo lunæ existentem commisisse adulterium. ℞. 2. Homini futuro potest graviter detrahi, cum obligatione restituendi. v. g. si dicerem, hujus fœminæ gravidæ proles omnes, & fuisse & futuras esse leprosas, steriles, &c. Nam licèt de præsenti non habeant famam, habebunt tamen, & pro tunc læderentur, nisi ego interea retractarem. ℞. 3. Defunctis, de quibus non constat esse damnatos, potest detrahi graviter cum obligatione restituendi, quamvis plerumque minus grave peccatum sit, quàm si vivis eadem fieret detractio, eò quòd in multis materiis non censeantur adeo curare famàm, quâ non ità indigent, sicut vivi. Ità Mol. Laym. Lugo. Ratio est, quia fama potest illis adhuc esse æstimabilis, & utilis etiam post mortem, alioquin quicunque egregia opera præstarent ad famam post mortem retinendam, dici deberent ex errore operari, & quidem ex errore à natura indito, quod est incredibile. Respond. 4. Personæ, de cujus æterna damnatione constat ex fide, non fit injuria, si illi detrahatur, nec proinde est obligatio restituendi. Est contra Card. de Lugo n. 46. sed communis aliorum Mol. Laym. Malderi.

Probatur 1. Damnati hoc ipso quòd sint in perpetuo statu miseriæ, non possunt ampliùs exspectare, aut intendere utilitatem ex aliis creaturis, sed potiùs meram afflictionem: atqui omne Ius debet esse ordinabile ad utilitatem, & commodum habentis Ius: ergo nullum Ius habent damnati adversus alios homines.

547. Probatur 2. Obligatio ex Iustitia completur ultimò à voluntate divina, volente unum gravare in favorem alterius, ut alibi diximus, & iterum dicemus acturi de promissione: atqui est incredibile, & contra sensum fidelium, nos gravari à Deo in favorem illorum, quos à sua amicitia æternùm vult exclusos, & à quibus aliud non potest exspectare, quàm blasphemias, ergo, &c. Ad fundamenta adversarii facilè respondetur. Et primum quidem præter admirationem nihil habet: concedo illi omnes sequelas, v. g. quòd Lucretiæ (si sit damnata) non fieret injuria propriè dicta, si quis diceret, eam fuisse meretricem, & sic de aliis. Et nego esse

 duras,

duras, sepositâ priùs falsâ apprehensione. Deinde nego damnatos esse nostros proximos quoad famam, hæc enim est manifesta petitio principii, & inde patet oppositum, quia nullâ lege charitatis obligamur damnatis, quos scimus esse nostros irreconciliabiles inimicos. Tertium argumentum desumptum à paritate Reipublicæ humanæ, cujus si quis sit inimicus non propterea spoliatur omni Iure, jam est data disparitas: talis enim nondum est redditus incapax felicitatis, & commodorum, sicut sunt damnati.

548. QUÆRITUR 6. An sine vitio detractionis liceat manifestare injuriam ab alio illatam ad leniendum dolorem. Ratio dubitandi movetur à Card. Lugo n. 54. quia si hoc liceret, etiam liceret ad leniendum dolorem repercutere percutientem. Disparitatem dat Lugo: quia repercutiens intendit formaliter vindictam, & ex ea quà tali lenit dolorem: qui verò manifestat alterius crimen injuriæ mihi illatæ, vult præcisè lenire dolorem aliqualiter excutiendo injuriam, sicut dolorem dentium cupimus lenire per gemitus. Ego quidem disparitatem agnosco, sed non puto sufficere ad probandam licentiam manifestandi delictum. Si enim licebit alteri auferre famam, non quidem intendendo malum ipsius quà tale, sed quatenus servit ad leniendum meum dolorem, licebit etiam auferre pecunias illi qui me injuriavit aut percussit, non quidem intendendo malum illius quà tale, sed ad leniendum dolorem ex injuria provenientem.

549. Ex alio ergo capite probandum est, licere talem injuriam manifestare, sed non nisi in eum finem, & eo modo quo talis manifestatio non habet rationem vindictæ, sed rationem medii ad injuriam propulsandam. Dico itaque quod quicunque alium afficit injuriâ (prout hîc accipitur injuria, nempe pro læsione famæ aut honoris dolo malo facta) cedit hoc ipso jure suo, ut possit hæc ejus injuria fieri publica, quamdiu non habet animum restituendi. probatur. Nam Jus naturale & positivum concedit, ut injurians possit conveniri actione injuriarum, & ad palinodiam adigi, etiam cum infamiæ nota. cur ergo non licebit manifestare amico, consilii petendi causâ, vel ut apud amicum præveniat? ob solum autem levamen doloris non video sufficiens fundamentum.

QUÆRITUR 7. Quænam necessitas excuset à vitio Detractionis. De hoc jam dictum est Contr. præced. Quæst. 3.

550. QUÆRITUR 8. An Prælatus possit aliis communicare notitiam delicti sui subditi ad se delati, non ut ad judicem sed ut ad patrem, pro remedio adhibendo. De hoc puncto, inquit Lugo, n. 117. disputatum accuratè fuit in nostra Societ. in Congr. 6. generali, & decreto 33. sequentia statuta sunt. 1. Eâ ratione secretum servare debet Superior, ut deferentem nulli revelet sine ejus consensu, quem interdum dare tenebitur, atque ità ut semper superior omnimodè indemnitati deferentis consulat. 2. Delatum etiam nulli debet revelare, qui non possit prodesse fini, quem denuntiatio paterna intendit, qui est profectus spiritualis subditorum, & bonum commune Religionis, quibus superior debet paternè providere. Quare sine urgente necessitate & magna utilitate in ordine ad dictum finem, & cum eo minore detrimento, quo possit respectu famæ delati, nunquam debet manifestare delatum. 3. Quando judicat, ob fines & rationes dictas, revelandum, tunc debet illis tantùm manifestare, qui prodesse possunt ad remedium adhibendum. 4. Habitâ ratione finis denuntiationis paternæ, potest ipsum delatum aliquando monere, & corrigere secretò coram duobus testibus, ut ex Evangelio cum S. Thoma docent DD. item & de remedio consulere, imponendo secretum iis cum quibus communicat. 5. Potest etiam unus Superior rem sic delatam, & notam alteri Superiori ejusdem delati manifestare, quando res ità postulaverit ad finem paternæ delationis. 6. Cùm autem possit, & sit licitum consultare cum iis, cum quibus expedit pro remedio & cum secreto, ut tamen cum majore cautione procedatur, quando consultatio videretur necessaria, petatur consensus deferentis, quem dare ille debebit; sic tamen, ut in consultatione deferentis nomen taceatur, & res, quoad fieri potest, in universali tractetur. Non debet autem Superior petere à deferente, ut suo nomine subscribat rem delatam, cùm ea subscriptio tantùm deserviat denuntiationi judiciali. 7. Potest item ob dictum finem facere secretò quæcunque judicaverit expedire ad medium profectúmque delati citra ejus infamiam: ut, monere privatim, reprehendere, terrere minis, diligentiùs invigilare circa ipsum, mutare illum loco, prævenire occasiones, cavere à recidivo, non admittere ad aliquod officium, removere ab officio quod habet, si sine violatione secreti sub alia occasione apparenti, & probabili id præstare possit. 8. Potest etiam Superior aliqua ex sic delatis publicare in publicis refectorii reprehensionibus, ut sunt defectus leves, & communes subditorum, imponendo pœnitentias ordinarias, secundùm praxin communem Societatis, dummodo non afferant ipsi delato infamiam alicujus momenti, & quoad fieri poterit, consensus habeatur deferentis, & sine ullo ejus detrimento fiat. 9. Denique potest Superior interdum ex sic notis, & ad se tanquam ad patrem delatis, venire ad dimissionem delati ex Societate: sic tamen, ut, licèt adjuvetur, & utatur hac notitiâ, non tamen eo modo procedat, ut talis defectus possit cognosci ab aliis vel in specie, vel in genere. Sed alias aliâ viâ cognitas notas apponat, quæ ad illum dimittendum sufficientes sint in opinione aliorum, aut

certè nihil dicat, nec det occasionem aliquam credendi, quòd aliquid tale imponatur in pœnam delicti, quod omnino secretum est, nec aliâ viâ scitur, quàm paternæ denuntiationis.

CONTROVERSIA VI.

In quibus Personis nascatur ex Detractione obligatio restituendi.

SUMMARIUM.

AD qualem restitutionem teneatur ille, qui sine culpa Theologica graviter læsit famam alterius. 551.

Obligaris ex Iustitia impedire damnum alienæ famæ imminens ex tua actione etiam inculpabiliter posita, sed cum limitatione. 552.

An reus negans delictum cum præjudicio famæ accusatoris, aut testium teneatur fateri delictum. 556.

551. QUÆRITUR 1. Ad qualem restitutionem teneatur ille, qui sine culpa Theologica graviter læsit famam alterius. Et quidem certum est ad minimùm teneri ex charitate, si sine notabili suo incommodo possit impedire, ne fama alterius ex sua, vel cujuscunque alterius actione detrimentum patiatur. Præterea certum est, quòd etiam actio illius, qui inculpabiliter famam alterius læsit, influat aliquo modo in detrimentum famæ alterius, quamdiu suam actionem non retractat, aut nisi aliunde infirmetur: semper enim dependenter ab illa actione manet in illis Iudicium habituale de mala fama proximi: sicut si ignis à te accensus non extinguitur, ignis operatur dependenter à tua incensione præterita.

552. DICENDUM est, quòd sit obligatio ex Iustitia impediendi damnum alienæ famæ, quòd ex tua actione etiam inculpabiliter posita immineт, si sine gravi tuo incommodo (quale non deberes ex charitate pati) possis: & per consequens si id non impedias sciens te teneri, teneberis deinde ex injusta læsione ad restitutionem damni secuti. Ità Molina, Lugo, Arrubal, Rebellus, & Lessius. Deducitur Conclusio ex generali principio ex terminis probabili. Unusquisque enim ex officio à natura imposito, tacitóque omnium consensu tenetur specialiore modo suas actiones gubernare, quàm actiones proximi, ne aliis sint damnosæ, atqui aliorum actiones tenemur gubernare ex charitate: ergo proprias ex Iustitia, nec enim apparet, ad quam aliam virtutem specialiter spectet.

553. Dices: hoc tantùm procedere, & verum esse, quoad actiones hujusmodi non ponendas: hoc est, ex officio tenemur non ponere damnosas: at verò postquam actio inculpabiliter posita est, adeoque fortuitò, non videtur ampliùs esse obligatio ex Iustitia illam actionem revocandi, & extinguendi, si pergat esse damnosa: si enim daretur talis obligatio, sequeretur, quòd sicut à principio fui obligatus non damnificare alterum, etiam cum notabili meo incommodo, quòd, inquam, eodem modo postmodum obligarer ad revocandam actionem jam inculpabiliter positam, cum notabili meo incommodo, quod nemo dicit.

554. Responderi tamen potest, negando paritatem. Non enim debebat esse par obligatio ad non lædendum voluntariè, & ad impediendam læsionem provenientem ex actione non voluntaria, sed fortuita & inculpabili. Si enim obligarer ex Iustitia impedire damnum alterius cum damno meo notabili, obligarer ad meipsum damnificandum in favorem alterius sine omni mea culpa, quod nimis durum est: nec videntur homines in talem obligationem consensuri fuisse, sicut consensissent in obligationem restituendi damnum à nobis voluntariè, ac directè, & non tantùm permissivè datum.

555. Et hæc quidem dici possunt in favorem communis sententiæ. Cæterùm P. Dicastillo oppositam sententiam etiam probabilem vocat, quod non ausim negare, cùm, seclusâ auctoritate, nitatur Conclusio fundamento satis incerto.

556. QUÆRITUR 2. Si reus neget delictum cum præjudicio famæ accusatoris, aut testium non sufficienter probantium delictum, an teneatur restituere confitendo delictum. P. Molina d. 43. varias adhibet distinctiones, quæ in praxi non videntur habituræ utilitatem, ut benè ostendit Lugo: cum quo R. 1. Si reus non interrogatur servato juris ordine, & judicialiter, ità ut ex obedientia teneatur verum fateri (de quo in tract. de Iudiciis dicendum erit) tunc ex communi & vera sententia ad nullam famæ restitutionem tenetur, quidquid sit an negando commiserit mendacium. Ratio est, quia reus negando crimen non est causa positiva infamationis accusatoris, aut testium, sed merè permissiva, non cooperando ad conservationem famæ. Suppono enim, quòd non dicat, illos esse calumniatores, sed præcisè dicat, se crimen non commisisse, quod posset verum esse, etiamsi accusator putaret, se bonam causam habere. Quodsi fingamus, accusatorem dicere, se suis oculis spectâsse, adeoque negans videatur negando æquivalenter dicere, eum calumniari, adhuc excusabitur ab obligatione restituendi; quia prorsus per accidens læditur fama illius: nam per se loquendo homines potiùs judicant reum negare crimen, eò quòd necdum teneatur illud fateri, quàm accusatorem falsum dicere, vel certè suspendunt judicium: quodsi aliqui judicant accusatorem esse calumniatorem, hoc planè per accidens est, & tam parùm tenetur reus hanc infamiam

famiam cavere, quàm teneretur, si quis extra omne Iudicium ipsi crimen exprobraret, & ille negando daret ansam tali Iudicio de exprobrante.

℞. Idem probabiliter dicendum videtur etiam quando juridicè interrogatur. Rationem ulteriorem, & à priori reddit Lugo. Quia reus non tenetur ex Justitia adjuvare accusatorem, & bonam facere ejus accusationem, vel, ut breviùs dicam, non obligatur ulli mortalium ex justitia, ut contra seipsum probet delictum, confessio enim est omnium efficacissima probatio, vel defendere eum ab infamia, quam eâ de causa potest incurrere. & hoc adeo verum existimat Lugo, ut licèt crimen objectum publicum esset, adhuc illud in judicio negans non committeret injuriam adversus accusatorem. Posset, meo judicio, hoc ampliùs confirmari & declarari in exemplo. Sicut enim in publicis scholasticis concertationibus nemo arguet mendacii defendentem, si fortè, (ut fieri solet) neget aliquam propositionem, quam in animo putat esse veram, nempe quia ex receptissimo usu vox illa: *Nego*, non habet nudam significationem animi negantis, sed habet hanc significationem: *nego hoc esse verum tali tamque patente veritate, ut ab arguente possit efficaciter probari.* ità in Judiciali lite & controversia jam usu receptum est, ut reus conventus inficiando quæ accusator contra se affert, nil aliud dicere velle censeatur, quàm: se negare vera esse ità ut ab adversario probari judicialiter possint. sicut enim accusator offert se ad probationem, ità reus censetur hoc & non aliud velle negare. Aliud esset, si quis conventus ratione debiti pecuniarii, negaret contra conscientiam se debere; talis enim utique contra justitiam peccaret ideo, quia sicut antecedenter ad omne judicium tenetur solvere, & injuriam facit existendo in mora, ità utique injustè agit volendo impedire, ne alter per viam juris suum consequatur. Talis ergo debitor peccaret contra justitiam negando debitum, etiam extra judicium requisitus; quis autem dicat, eum peccare contra justitiam, qui extra judicium negat se commisisse delictum, si quis privatus illi delictum objiciat? est ergo omnium judicio disparitas.

De aliis personis, utrum & quando contrahant obligationem restituendi pro fama, nihil superest dicendum, quod non à studioso lectore ex hactenus dictis clarè deduci possit; & ideo non repetimus, ne liber, in majorem, quàm lectori gratum esset, molem excrescat.



CONTROVERSIA VII.

Quo modo & quousque facienda sit restitutio pro fama læsa.

SUMMARIUM.

557. QUÆRITUR 1. Utrum detractor teneatur restituere famam non solùm apud immediatos, sed etiam mediatos auditores, qui ab immediatis acceperunt. Respondendum est affirmativè, per se loquendo: nam per accidens sæpè excusari constabit ex dicendis. Ratio est. quia propter injustam læsionẽ tenetur detractor ad damna subsecuta, quæ poterat probabiliter prævidere, cujusmodi est ulterior evulgatio, nisi sub secreto communicâsset personis, à quibus secretum poterat sperare.

558. Objiciet aliquis, hoc in praxi à confessariis non moneri, nec à pœnitentibus observari. Respondet Card. de Lugo n. 16. praxin hac ratione defendi posse, quia quando detractor apud immediatos revocat dictum, tunc, si illi ulteriùs evulgârunt, tenentur monere detractorem, vel si non monent, potest detractor præsumere, vel non esse factam ulteriorem evulgationem, vel ipsosmet velle famam resarcire, vel restitutionem esse moraliter impossibilem.

Addo, auditores plerúmque etiam ipsos contrahere obligationem non evulgandi, & per consequens si ulteriùs evulgârunt, jam etiam ipsi tenentur restituere, & potest detractor præsumere ipsos facturos. Præterea immediati auditores possunt frequenter habere rationabilem causam non manifestandi illos apud quos evulgârunt: cùm ergo teneantur detractorem monere de ulteriore facta evulgatione, nisi justa causa excuset, hoc ipso si non monent, præsumi potest, subesse causam, vel ulteriorem evulgationem non esse factam.

559. QUÆRITUR 2. An eadem sit obligatio & ratio restituendi, si crimen verùm injustè evulgatum est, & si crimen falsum. ℞. negativè. Nam si falsum crimen injustè impositum est, retractandum est omnibus modis non inferentibus longè gravius detrimentum, quàm sit ipsa infamatio. Unde si simplex re-

tractatio non sufficit, ut opinio concepta eximatur, addendum est etiam juramentum, vel testes adhibendi si fieri potest, & profuturum speratur.

560. Econtra si facta sit infamatio per criminis vel defectûs veri manifestationem, tunc adhibendi sunt modi loquendi idonei, qui sine mendacio adhiberi possunt, v. g. dicendo: memini equidem me hoc vel illud aliquando de Petro dixisse, sed erravi, feci illi injuriam, &c. hæc enim æquivoca sunt, & sensum verum recipiunt, nam omne peccatum est error, & detractio est injuria. Imò dicere posset sine mendacio, se falsum dixisse, & se nihil scire de tali defectu, reverâ enim non dixit verum veritate publicâ, quam solam dicere licebat.

561. Quodsi hi modi loquendi nihil proficiunt, aut non possunt adhiberi ex aliis causis, poterit adhuc fieri restitutio famæ, laudando illum cui detractum est, vel etiam specialiùs honorando: nam licèt hac ratione non fiat restitutio famæ in ea materia in qua damnum illatum est, diminuitur tamen sinistra existimatio, & quodammodo extinguitur; sicut laus, quam S. Maria Magdalena aut Ægyptiaca consecuta est per pœnitentiam, extinxit quodammodo omnem infamiam priore vitâ contractam.

562. QUÆRITUR 3. Quibus ex causis cesset obligatio restituendi. ℞. quinque potissimum modis cessare obligationem restituendi famam injustè ablatam. Primò, si aliunde recuperata est fama, v. g. si falsitas detecta est apud auditores; tunc enim habetur id, quod per restitutionem intenderetur, nempe, ut non credatur. Secundò, si superinducta est oblivio stabilis: tunc enim potiùs tenetur, detractor silere, quàm dictorum mentionem injicere, quantumvis revocatoriam, hoc enim est læso optabilius, quia contingere posset, ut revocanti non crederent. Tertiò, si infamatus postmodum aliâ viâ famam amisit: tunc enim cessat Jus ad famam recuperandam. Quartò, si rationabiliter præsumi possit, ex reconciliatione v. g. & amicitia de novo contracta, infamatum condonare restitutionem. Quintò, si alterum infamâsti per modum justæ defensionis, quia v. g. infamatio necessaria erat ad infirmandam fidem illius qui te volebat infamare, aut falsum testimonium contra te dicere, cessat obligatio restituendi, quia licitè egisti, & ille sibi imputare debet: fuit enim injustus aggressor famæ tuæ: ergo si moderamen inculpatæ tutelæ servâsti, nulla nascitur obligatio restituendi.

563. QUÆRITUR 4. An pro honore negato occultè & sine famæ diminutione, vel pro occulta injusta inhonoratione, secluso omni alio damno, sit facienda restitutio. P. Molina *to. 5. d. 46.* negat. Fundamentum illius est, quia pro damno merè præterito nemo tenetur restituere, exceptis bonis fortunæ: v. g. si me injustè coëgisti famem pati aut frigus, superatâ fame aut frigore, si nullum aliud damnum secutum est, ad nihil teneris. Hinc etiam in Judiciis quibusdam externis, nihil adjudicari solet pro dolore, quem quis ex injusta percussione passus est. Hoc tamen non obstante

Respondeo affirmativè cum Lugone, & Rebello, qui *1. p. l. 2. q. 10. s. 2. n. 3.* refert, sententiam Molinæ fuisse Romæ à Censoribus nostræ Societatis improbatam. Ratio responsionis est. Nam talis inhonoratio non est damnum merè præteritum, ut supponit Molina, sed perseverat moraliter tamdiu, quamdiu non ponitur competens satisfactio. Quod quidem clarè colligitur à posteriori. Si enim esset malum merè præteritum, tunc sicut de dolore capitis, aut dentium præterito gaudemus potiùs, quàm tristamur, ità de inhonoratione præterita non tristaremur, quod tamen experientiæ repugnat: tamdiu enim, spectatâ communi hominum inclinatione, nolumus cum inhonorante reconciliari, quamdiu non præstat satisfactionem: ergo signum est, illam inhonorationem moraliter perseverare. Hoc autem est jam ulteriùs declarandum.

564. Card. de Lugo declarat hoc modo. Honor qui unicuique competit, est ille, quem solent in his circumstantiis communiter exhibere personæ talis conditionis, & in talibus circumstantiis constitutæ: porrò, communi stylo, qui alium inhonoravit, aut debitum honorem negavit, solet postea præter & ultra communia signa honoris jam antè debiti, specialia signa honoris exhibere, v. g. veniam petendo, ad prandium invitando, officiosè salutando, &c. ergo qui post inhonorationem non exhibet specialia signa honoris, non exhibet postea honorem in talibus circumstantiis debitum: ergo de novo inhonorat: ergo ne de novo inhonoret, manet obligatus ad specialia signa honoris, quæ habebunt rationem restitutionis & satisfactionis.

565. Hæc argumentatio nititur præsuppositâ consuetudine, valde dubiâ, & non est universalis: non enim potest applicari primis inhonorantibus occultè: isti enim etiam obligabantur ad aliquam restitutionem: atqui non obligabantur ad specialia signa honoris, debita ex consuetudine aliorum inhonorantium: supponimus enim illos esse primos, adeoque nullam consuetudinem præcessisse: ergo debet hæc obligatio posse alio modo explicari; & ostendenda est ratio, propter quam homines communi judicio existiment, se post inhonorationem etiam occultam teneri ad specialia signa observantiæ & honoris. Non est autem confundenda vindicta debita delicto cum satisfactione debita pro inhonoratione: sicut enim fur, etiam factâ restitutione, adhuc potest esse dignus suspendio, ità potest quis inhonorans Magistratum, etiam præstitâ satisfactione seu restitutione honoris, adhuc esse dignus supplicio, eò quòd inhono-

honoratio personæ publicæ sit delictum pertinens ad Iustitiam Vindicativam, & non tantùm ad commutativam. Nunc autem loquimur præcisè de satisfactione pro inhonoratione.

566. Ratio ergo Conclusionis à priori hæc reddi potest. Evidens est naturæ lumine omnibus insito, eum qui alterum inhonorat, teneri revocare contemptum, ejusdémque significationem externam per oppositam contestationem; quamdiu enim hoc non præstat, censetur in priore contemptu perseverare: ergo quamdiu hoc non præstat, læsus non restituitur æquivalenter in priorem statum, à quo per inhonorationem dejectus, ac depressus est: jure autem exigit in integrum restitui.

567. Porrò ad revocationem inhonorationis occultæ, non est satis, exhibere communia signa honoris, quæ exhibenda erant, si nunquam inhonorâsset: tum quia inhonorans per inhonorationem se extulit ultra statum sibi respectu alterius competentem, & sic est vilior, & contemptibilior factus, quàm erat antè. quam regulam observat ipse Deus, humilians eos, qui se exaltant: ergo talis inhonorans jam debet se magis demittere, quàm antè: ergo per communem honorationem non satisfacit: tum quia signa communis honorationis non significant satis determinatè revocationem debitam inhonorationis heri factæ, sed solùm significant, quem honorem de præsenti mereatur, quidquid heri gestum fuerit: ergo ut significetur revocatio hesternæ inhonorationis, superaddenda sunt signa specialia, quæ læso seriam & synceram pœnitudinem hesterni contemptûs tanquam injustè facti significent.

568. QUÆRITUR 5. An excuseris à restitutione famæ, si ab eodem, quem infamâsti, & tu æqualiter infamatus es, & ille nolit restituere. ℞. Si tua dilatio restitutionis non conducit ad obtinendam recuperationem tuæ famæ, non excusaris. Ratio est manifesta. Quia non licet infamatorem reciprocè infamare, nisi hoc sit necessarium ad recuperandam famam: atqui non restituere famam ablatam, est quasi continuò infamare: ergo nec hoc licet. Neque enim in fama locum habet compensatio, sicut in debito pecuniario: lædendo enim famam alterius non propterea recuperâsti tuam, sicut auferendo alteri pecunias, quas debet, recuperas tuum. Neque credo, quòd Lessius, & Molina in hoc sensu locuti sint, quando admiserunt hujusmodi compensationem, sed solùm, casu, quo non restitutio famæ serviret ad recuperandam famam propriam.



CONTROVERSIA VIII.

Quid circa Injurias, & Diffamationes Iura statuant.

SUMMARIUM.

§. I.

Quotuplex sit Injuria.

569. IN Ordine ad Civiles effectus tria Injuriarum genera Ius cōsiderat: alia enim Injuria est Realis, alia Verbalis, alia Scripta. Realis Injuria fit in corpore alicujus, pulsando, cædendo, percutiendo, attentando pudicitiam: item si quis re suâ, aut publico Iure uti prohibetur; si non debitoris, quasi debitoris bona, infamandi causâ occupantur, aut pignus proscribitur: Vestis ad invidiam alicujus mutatur: si fidejussor idoneus non accipitur: si is qui idoneum dabat in Ius rapitur: digito infami protenso quis cinædus monstratur: infami picturâ notatur, &c.

570. Verbalis injuria fit, si alicui sive præsenti, sive absenti convitium fit: generatim dici potest, injuriam verbalem esse, quoties aliquid moribus Regionis probrosum objicitur.

Scripta injuria antonomasticè, & specialiter sumpta (alioquin ad verbalem reducitur) est quæ fit per libellum famosum, de quo infrà.

571. Dividitur Injuria secundò in atrocem, & levem. Atrox æstimanda est, vel ex facto, ut si quis fustibus cæsus, aut vulneratus sit: vel ex loco atque tempore; ut, si in foro, in templo, in theatro fiat: vel ex persona; ut si Civis Magistratui, plebeius Senatori, parentibus liberi injuriam faciant: juxta tritum illud:

His tribus ex causis Injuria dicitur atrox:
Facti, Personæ, vel ratione loci.

Interest autem nôsse hoc discrimen: Non enim contra quemcunque datur actio injuriarum, quâ vindicet injuriam atrocem; v. g. filius emancipatus potest atrocem injuriam persequi contra patrem, non item levem, constitutus in patria potestate neutram potest. *L. Prætor. 7. §. 8. ff. de injuriis.* ibi. *Sed etsi quis ex liberis, qui non sunt in potestate, cum parente velit experiri, non temerè injuriarum actio danda est, nisi atrocitas suaserit: certè his qui sunt in potestate, prorsus nec competit, etiamsi atrox fuerit.*

§. II.

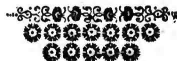
De Actione Injuriarum.

572. QUÆRITUR 1. Quod remedium habeat injuriam passus? ℞. Datur illi actio injuriarum: & quidem non solùm illi, qui immediatè in se passus est (si injuriam statim ad animum revocaverit, nec postea remiserit) sed etiam Patri (si filium contumeliam passum habeat in patria potestate) Marito ratione vxoris, ac Socero ratione Nurûs (si filium maritum habear in patria potestate:) cæteris verò conjunctis non nisi quando injuria etiam in illos redundat. §. 2. *J. h. t. Patitur autem quis injuriam, non solùm per semetipsum, sed etiam per liberos suos, quos in potestate habet, item per vxorem suam, id enim magis prævaluit. Itaque si filiæ alicujus, quæ Titio nupta est, injuriam feceris, non solùm filiæ nomine tecum injuriarum agi potest, sed etiam patris quoque, & mariti nomine: contra autem si viro injuria facta sit, vxor injuriarum agere non potest. Defendi enim vxores à viris, non viros ab vxoribus æquum est. Sed & Socer nurûs nomine, cujus vir in ejus potestate est, injuriarum agere potest.* Controversum esse posset, an pater possit injuriam filiof.m. irrogatam eo invito remittere ex qua potest agere. Negat Pinellus, & Treutlerus. Communis sententia affirmat, nisi pater esset respectu filii vilis persona. L. 17. §. 12. ff. h. t. *Planè si præsens* (pater) *agere nolit, vel quia differt, vel quia remittit, atque donat injuriam, magis est, ut filio actio non detur, nam & cùm abest, idcirco datur filio actio, quia verisimile est, patrem si præsens fuisset, acturum fuisse.* Quodsi injuria esset talis, ob quam filio competit actio ex lege Cornelia, tunc pater, nec agere, nec remittere potest. *L. 5. §. 6. & seq. ff. h. t.* Ubi tamen additur: *Sed patri quidem prætoria actio injuriarum competit, filio verò legis Corneliæ.*

573. QUÆRITUR 2. Quomodo hæc actio intentetur? ℞. Intentari posse criminaliter, vel civiliter, prout placuerit. Si civiliter injuriarum agitur, actor injuriæ maculam æstimat, certámque pecuniæ summam loco pœnæ reo imponi, sibique adjudicari petit, salvo moderamine Iudici reservato. Solet autem quandoque Iudex per sententiam interlocutoriam exigere juramentum, quòd actor mallet in suis bonis illius summæ jacturam facere, quàm talem injuriam pati, ut tradit Berlichius post Mascardum: Sed in hoc est attendenda consuetudo, nec ego in Iudiciis Academiæ Ingolst. id unquam fieri vidi.

Criminaliter verò si injuriarum agatur, petit actor condemnari reum in pœnam arbitrio Iudicis infligendam. Portò hæ actiones sese invicem perimunt, quia utraque ad idem tendit, nempe ad vindictam: non tamen perimunt actionem ex lege Aquilia superiùs explicatam, pro æstimatione damni pecuniarii, si læsus per contumeliam aliquod ejusmodi damnum insuper passus est.

574. QUÆRITUR 3. Civilisne sit actio injuriarum, an Prætoria. ℞. Origine quidem suâ fuisse Civilem ex lege Cornelia, sed non nisi, quando quis pulsatus, vel verberatus sit, aut alter domum vi introierit: postea verò à Prætore extensam fuisse etiam ad injurias verbales, & sic esse prætoriam: unde probabiliter non durat nisi per annum continuum à die habitæ notitiæ. Jure Bavarico *L. R. t. 46. a. 3.* Si contumelia non meris verbis, sed facto, imò & scripto, ac picturâ illata sit, actio injuriarum est perpetua. Eodem Iure, si passus injuriam verbalem conveniat injuriantem, & conventus injuriam à se factam confiteatur, dicat tamen, ex calore iracundiæ factum esse, injuriam tamen revocet, protestando, se nihil huiusmodi scire de injuriato, non tenetur ad aliud, quàm ad litis expensas. A Iudice tamen pro qualitate injuriæ, an sc: pœnam capitalem, aut corporalem respiciat, mulctandus est. Sin autem injuriam probare velit, non aliter quàm criminaliter poterit. Si denique neget injuriam à se factam, sed convincatur, tunc, si injuria pœnam capitalem respiciat, præter mulctam ità revocare tenetur, ut dicat, se mentitum esse: si non respiciat talem pœnam, Iudex decernet, malè eum fecisse, & ei injunget, ut petat sibi injuriam amore DEI remitti. L. R. tit. 46. a. 1. & 2. Ad hæredes, & adversus hæredes non transit nisi lite contestatâ, ut patet ex alibi dictis.



§. III.

De Actione ad Palinodiam.

575. PRæter actionem injuriarum datur etiam alia actio non tendens ad vindictam, quæ proinde cum actione injuriarum potest cumulari, & est actio ad *Palinodiam*, seu *recantationem*, non modo usu & consuetudine recepta, sed etiam Imperatoriâ constitutione roborata: *Imperial. Cam. ordin. p.* 2. *tit.* 28. quam etsi Robertus Maranta censeat criminalem esse, communissima tamen aliorum est sententia, esse Civilem, eò quòd, ut dixi, non ad vindictam tendat, nec per se sit pœnæ persecutoria, sed honoris ablati restituendi, & ideo non perimit actionem Injuriarum pœnæ persecutoriam.

576. Dices, Recantatio infamat, ergo actio ad recantationem est pœnalis. ℞. distinguendo antecedens: infamat ex intentione actoris, nego, ex constitutione legum, concedo ant: & nego consequentiam, quam omnes negare debent in actione *pro socio*, *Mandati*, *tutelæ*, *depositi*, quæ etiam infamant, nec tamen sunt pœnales.

§. IV.

De Remedio ex Lege : Diffamari.

577. EXstat in Codice *de Ingenuis manumissis* Lex. 5. quæ incipit : *Diffamari.* Olim quidem solos illos concernens, qui cùm ingenui essent, quasi servilis conditionis essent, diffamati sunt : hodie verò jure communi universale remedium seu beneficium subministrat omnibus, qui sive civiliter, sive criminaliter diffamantur, ut ex hac famosissima lege *Diffamari* Judicium Diffamatorium institui possit. Lex ità habet. *Diffamari statum Ingenuorum, seu errore, seu malignitate quorundam, periniquum est, &c. unde constat meritò rectorem provinciæ commotum allegationibus tuis sententiam dedisse, ne de cætero inquietudinem sustineres. Si igitur adhuc diversa pars perseverat in eadem obstinatione, aditus præses provinciæ ab injuria temperari præcipiet.* De hoc

QUÆRITUR 1. apud quem Iudicem instituendum sit, an apud Iudicem diffamati, an apud Iudicem diffamantis. ℞. cum communissima,& in Camera Spirensi recepta sententia, esse instituendam apud Iudicem diffamati: Ratio est, quia licèt videri possit diffamatus esse potiùs actor, adeóque forum diffamatoris sequi deberet, in hoc tamen judicio potiùs Diffamator pro actore reputatur, quia, ut inquit Andreas Gail. *l.* 1. *obs.* 9. *n.* 7. diffamare, est tacitè ad Iudicem provocare. Remedium verò dictæ legis non est actio, sed Imploratio officii Iudicis.

578. QUÆRITUR 2. Quis finis sit hujus remedii. ℞. ut Diffamator citatus, probatâque diffamatione eò adigatur, ut in termino præfixo coram Iudice compareat, & causas diffamationis sub pœna impositionis perpetui silentii deducat. Quod si causam diffamationis non probaverit, & tamen, ob obstinatam suam malignitatem infamare non cessaverit, postmodum pro injuriæ atrocitate coërcebitur. *arg. leg. un. ff. si quis jus dicenti*: ibi. *omnibus Magistratibus, non tamen duumviris, secundùm jus potestatis suæ concessum est, jurisdictionem suam defendere pœnali judicio.*

§. V.

Quomodo declinari possit Infamia alioquin ex actione Injuriarum proveniens.

579. IUre communi *L.* 1. *ff. de his qui not. infam.* actione Injuriarum convictus fit infamis infamiâ Iuris, exceptis his casibus. 1. Si Iudicis auctoritate transegerit. 2. Si non in propria persona sed per procuratorem comparuerit in Iudicio (ut Illustres personæ solent) 3. Si ante sententiam ob dubium Iudicii eventum solverit æstimationem injuriæ; idque habet communior opinio, reclamante licèt Giphanio. 4. Iure Bavarico a. 9. Iudex potest palinodiam ità injungere, ut tamen tollat infamiam ? & a. 10. statuitur, Iudicem ex officio tollere posse totam actionem injuriarum, ità ut neutrius partis honori præjudicet, si quidem causa dubia & ambigua est: quodsi clara sit, non potest tollere nisi consentientibus partibus. Princeps autem etiam non consentientibus partibus tollere potest.

§. VI.

De Famoso Libello.

580. SPecialis modus infamandi, quem Ius Civile, ut suprà dixi, considerat, est Famosus libellus, quo nomine intelligitur quæcunque scriptura, vel, ut vult P. Molina, Althusius & Harpprecht, etiam Pictura, ad alterum infamandum composita. Ex Constit. Carolina a. 110. quando in libello famoso imponitur alicui delictum falsò, tunc Diffamator pœnâ talionis, hoc est, eâdem, quâ puniretur diffamatus, si delictum verum esset, plecti jubetur. Si verò crimen verum evulgatur, pœnâ arbitrariâ coërcetur. Iisdem pœnis affici jubetur, qui talem famosum libellum reperit, & non statim lacerat, sed ulteriùs evulgat: cujus ratio redditur *L. un. C. h. t.* paulò pòst referenda, sicut & c. 1. ca. 5. q. 1. quia, dum authorem non prodit, ipse pro authore habetur. Iure Canonico, si res in libello contenta gravis est, diffamator, & ulterior evulgator pœnâ flagellorum castigantur: quodsi se author ipse ultrò manifestat, mitiùs punitur *can.* 1. *ca.* 5. *q.* 1. *Qui in alterius famam publicè scripturam, aut verba contumeliosa confinxerit, & repertus scripta non probaverit, flagelletur; & qui ea priùs invenerit rumpat, si non vult auctoris facti causam*

causam incurrere. Ius Bavaricum L. R. tit. 46. a. 8. à Carolina nonnihil recedit, statuens pœnam gladii in falsò diffamantes per libellum circa delictum pœnâ capitali puniendum: eum qui reperit, & non lacerat sed ulteriùs evulgat, pœnâ arbitrariâ jubet puniri, nisi Pasquillus contineret ea, quæ Reipublicæ utilitatem concernant, si detegantur; tunc enim jubet ad Magistratum deferri, & non lacerari. Si Pasquillus crimen non capitale affingit, pœna talionis statuitur.

581. QUÆRITUR 1. Si quis famosum libellum ipse non composuit, neque authore dictante scripsit, sed ab alio compositum & scriptum accepit, legit, vel descripsit, aut per alium sibi describi curavit, non tamen publicavit, an, inquam, talis puniendus sit pœnâ *l. un. C. de fam. lib.* Harpprecht existimat, talem posse à dolo & pœna excusari quibusdam præsumptionibus, ex quibus constaret, quòd non animo infamandi, sed ex curiositate, ingenii authoris æstimandi causa, &c. descripserit. Ego simpliciter existimo, non esse locum pœnæ, si constet, eum non evulgâsse; hoc enim lex expressè requirit. *Si quis*, inquit *famosum libellum sive domi, sive in publico, vel quocunque loco ignarus reperit, aut corrumpat, priusquam alter inveniat, aut nulli confiteatur inventum. Si verò non statim easdem chartulas, vel corruperit, vel igni consumpserit, sed NB. vim earum manifestaverit, sciat, se quasi auctorem hujusmodi delicti capitali sententiæ subjugandum.*

QUÆRITUR 2. Cùm quis libellum famosum quidem invenit, vel ab alio recepit, eúmque aliis ostendit & manifestavit, verùm auctorem illius libelli à se inventi, sed ab auctore non publicati demonstrare paratus est: quæritur, inquam, quisnam horum pœnâ ordinariâ puniendus sit: Harpprecht existimat, utrumque esse puniendum pœnâ ordinariâ: ità habet partim n. 171. partim n. 204. Ego verò censeo, in hoc casu neutrum posse pœnâ ordinariâ puniri. Non quidem auctorem libelli, nam ipse libellum non publicavit, quod tamen copulativè requiri patet ex Const. Carolina. non item inventorem. Nam lex citata fundatur in præsumptione quòd inventor sit author; ergo si ille potest probare alium esse authorem, elidit præsumptionem. & ita sentit etiam post alios Farinacius *p. 3. q. 105. n. 451.*

Illud hîc ex Harpprecht addendum videtur, quod generali ferè omnium locorum consuetudine receptum videtur, ut hujusmodi rei non capitali semper, sed arbitrariâ Judicis pœnâ, pro ratione circumstantiarum plectantur, quod ex novissimis Imperii recessibus eruere conatur. Arnoldus Corvinus asserit, in Imperio pœnam esse carcerem & mulctam; item ademptionem officii Typographici illorum, qui libellos famosos loci Magistratui non ante ostensos excuderunt, nisi locum & tempus, noménue auctorum apposuerint. *Const. Corol. c. 34.*

§. VII.

Quibus modis actio Injuriarum aboleatur.

582. I. Abolетur morte, sive injuriantis sive injuriati, lite necdum contestatâ, ut jam dictum. 2. Lapsu temporis, nempe anni, si actio sit prætoria, quod etiam jam notatum. 3. Dissimulatione, non revocando eam statim ad animum. *§. 12. I. h. t. Hæc actio dissimulatione aboletur, & ideo si quis injuriam dereliquerit, hoc est, statim passus ad animum suum non revocaverit, postea ex pœnitentia remissam injuriam non poterit recolere.* 4. Transactione *l. 11. §. 1. ff. h. t.* ibi. *Proinde si pactum de injuria intercessit, & si transactum, & si jusjurandum exactum erit, actio injuriarum non tenebit.*

QUÆRITUR 1. An, si statim exterioribus indiciis eam ad animum revocâsse testatus sit, postea verò injuriantem salutaverit, dextram dederit, cum eo biberit, aut alio modo familiaris fuerit, censeatur injuriam remisisse. ℞. Negativè, nisi ex aliis circumstantiis colligeretur hæc fieri animo remittendi injuriam. Ratio responsionis est: aliud enim est, remisisse odium, aliud injuriarum actionem, seu jus agendi: illa signa non significant hoc posterius, sed illud prius: & de hoc solent etiam Confessarii monere pœnitentes, quod sine præjudicio actionis suæ possint ea humanitatis consuetæ signa exercere. solent itidem Germani in vim protestationis inter pocula adhibere has voces. *Auff Hoffrecht*, ut notant Gail & alii, quasi dicerent: *citra præjudicium injuriæ.*

QUÆRITUR 2. An actio ad Palinodiam sit etiam annua tantùm. ℞. Esse potiùs perpetuam, h. est 30. annis durare: quia est consuetudine introducta. Consuetudo autem est species Juris civilis. *l. de quibus. 32. ff. de Legib.* relatâ suo loco.

583. QUÆRITUR 3. Utrum hæc actio injuriarum per imprudentiam intermissa & præscripta possit redire per in integrum restitutionem. ℞. Negativè. *l. auxilium. 37. pr. ff. de minorib. Auxilium in integrum restitutionis executionibus pœnarum paratum non est, ideoque injuriarum judicium omissum repeti non potest.* Ratio est quia actiones tendentes ad vindictam, nec censentur augere patrimonium, nec amissæ diminuere *l. pœnales 32. ff. ad leg. Falc.* ibi. *Sed ne in actoris quidem bonis defuncto eo injuriarum actio poterit computari, quia & ipsa simul cum eo intercidit.* & hæc est ratio, quare non transeant ad hæredes. Per argumentum à contrario dicendum, quòd ad actionem recantatoriam detur Restitutio in integrum, cùm sit rei persecutoria, ut dictum est. unde infert Harpprecht, eam etiam ad hæredes transire, eò quòd omnes actiones rei persecutoriæ

cutoriæ ad hæredes transeant. Ego tamen libentiùs oppositum dicerem: quia honor, cujus illa actio persecutoria est, non est aliquid ad patrimonium spectans. Illud certum est, adversus hæredes injuriantis non dari; quomodo enim illi recantabunt, vel retractabunt, quod non dixerunt, & quod non peccârunt?

§. VIII.

De Retorsione.

584. Est adhuc alius specialis modus extinguendi actionem injuriarum: *Retorsio*, seu Relatio injuriæ. Definitur à Juristis: *Legitima injuriæ verbalis in ipsummet injuriantem propulsatio, honoris tuendi causâ in continenti propriâ authoritate facta.* Non immoror in trutinanda definitione, cùm sciam, omnem definitionem in Jure periculosam esse, & parùm abesse ut evertatur. Satis mihi est, si ex dicendis de re ipsa constiterit.

585. Disputant aliqui, utrum Retorsio extinguat actionem injuriarum, vel cum ea cumulari possit. Non ignobiles DD. volunt posse cumulari non minùs quàm actionem Recantatoriam: verùm longè communior sententia, in Consuetudine fundata vult, illam retorsione perimi. Jure Bavarico insuper statutum est, Retorsionem denuò retorqueri non posse. Eodem jure, si fiat absenti, intra mensem, si præsenti in continenti facienda est. L. R. t. 46. a. 7. Quodsi calumniator putet se gravatum esse per retorsionem, eámve non jure aut ritè factam esse, potest accedere Judicem retorquentis, qui de hoc judicialiter cognoscet. quodsi Judicem non accesserit, tunc vi retorsionis calumnia ipsi inhæret, ac pro tali habetur, qualem alterum proclamavit.

586. QUÆRITUR 1. Utrum Maritus non solùm suo (quatenus injuria in eum redundat) sed etiam uxoris nomine, item paterfamilias filij nomine, possint injuriam retorquere. Negat Harpprecht, hoc unico fundamento: quòd Retorsio nihil aliud sit, quàm purgatio innocentiæ sive existimationis contra convitium objectum. *l. quæ omnia 25. ff. de procurator.* hæc autem purgatio, cùm sit quædam declaratio, ab animo illius, cui injuria facta, proficiscens, non potest nisi per injuriatum expediri: *arg. l. si quis arbitratu. 43. ff. de V. Ob. &c. 1. 2. 3. cum multis seqq. de purg. can.* ubi rescriptum est, quòd ipse suspectus de crimine, se, non alius eum purgare debeat. Verùm ex his non videtur probari intentum. Nam retorsio non est quædam directa purgatio & probatio innocentiæ, sed est potiùs provocatio, ut injuriator convitium vel probet, vel calumniæ reus maneat, ut habet ipse Harpprecht. n. 229. sanè, me præsente facta est aliquando retorsio ab aliquo Religioso ejusdem Religionis, nomine alterius Religiosi absentis tunc injuriâ verbali affecti, & retorsio illa à toto Magistratu Academico, nemine discrepante, approbata fuit tanquam jure facta.

587. QUÆRITUR 2. Utrum possit fieri retorsio injuriæ illatæ per veri criminis objectionem? Negat iterum Harpprecht. Qui enim, inquit, verum crimen alteri (quantumvis contumeliæ inferendæ causâ) objicit, non mentitur. Verùm hæc ratio nullius momenti esse videtur. Non enim retorsio debet necessario fieri per verbum *Mentiris*: sed potest fieri aliis verbis. v. g. dicendo: *qui me dicit furem*, injuriâ me afficit, & *ipse pro tali habendus est, quamdiu non probat crimen objectum.* quæ verba possunt proferri ab eo, qui quidem crimen objectum commisit, sed illud adhuc est occultum, ut sine injuria & detractione objici non possit. Imò Jure Bavarico cavetur, ne verbis injuriosis retorsio fiat, sed modestis. v. g. dicendo: *hoc crimen de se non dici cum veritate.* quæ verba possent proferri etiam ab eo, cujus crimen occultum est, & probari non potest, quia quod probari non potest, non est verum, veritate Iuridicâ, & ideo potest sine mendacio negari, ut suprà cum aliis diximus. Cæterùm Iure Bavarico art. 6. licet retorsionem facere non solùm per verba: *Tu mentiris*: sed etiam per hujusmodi: *Tu ipse talis es, qualem me injuriosè appellâsti*: & quidem exprimendo in specie: *tu ipse idem fur, latro, &c. es, qualem me injuriosè appellâsti.*

588. QUÆRITUR. 3. An subditus uti possit retorsione adversus suum Magistratum. ℞. Negativè. Ratio est, quia retorsio ut legitima sit, debet in injuriante posse præsumi animus injuriandi honorémque minuendi: unde si cui retorsio facta est, integrum illi est vim retorsionis elidere, si probet defuisse animum injuriandi: atqui pro Magistratu potiùs contrarium præsumitur per se loquendo, abfuisse nimirum animum injuriandi, sed verba secundùm se quidem injuriosa fuisse prolata animo corrigendi. *l. injuriarum. 13. §. 1. ff. de injuriis. Is qui jure publico utitur, non videtur injuriæ faciendæ causâ hoc facere, Juris enim executio non habet injuriam.* unde nec adversus Magistratum actio injuriarum datur. Idem de patre respectu filii, præceptore respectu discipuli regulariter dici potest.

589. QUÆRITUR 4. An Retorsio possit scripto fieri. ℞. Affirmativè. & quidem, si Iuristis credimus, hic retorquendi modus tutissimus & utilissimus, moribúsque comprobatus est, ut injuriâ verbali affectus, Notario, & testibus ad id singulariter evocatis, libellum retorsionis ritè conceptum, suâque propriâ manu subscriptum exhibeat, & ab eodem Notario palàm legendum curet. deinde idem Notarius, adhibitis testibus injurianti prædictum libellum nomine injuriati legitimè insinuet, illiúsque responsum annotet, & publicum instrumentum desuper

desuper conficiat, ac injuriato asservandum tradat, quo edoceri possit, se injuriam illatam non neglexisse, sed retorsisse.

QUÆRITUR 5. Utrum Retorsio possit fieri in personam incertam, v. g. affigendo schedam in loco publico, ubi priùs famosa hujusmodi scheda affixa erat, quâ quibusdam injuria inferebatur. Moveo hanc quæstionem occasione retorsionis quam nuper aliquis hujusmodi attentaverat. Sed respondendum est cum Berlichio p. 5. concl. 64. n. 32. cum seqq. & Harpprecht n. 213. in §. 12. Inst. h. t. hujusmodi retorsionem omni vi carere, quâ scilicet aliquis in genere scribit. *Quicunque hanc rem* de me sparsit, mentitus est, & ipse talis est, donec probet me talem esse, &c. Eodem modo nihil roboris haberet, si quidem certam personam nominaret, sed injuriam ipsam non specificaret. Rationem dant adducti AA. Quisquis enim injuriam sibi factam prætendit, non debet vagari cum discrimine alienæ existimationis, sed designare certam, & specialiter dicere, quàm se injuriam passum prætendat, ut habetur L. 7. pr. ff. h. t. *Prætor edixit. Qui agit injuriarum, certum dicat, quid injuriæ factum sit. Quia qui famosam actionem intendit, non debet vagari cum discrimine alienæ existimationis, sed designare, & certum specialiter dicere, quam se injuriam passum contendit.*

Imò necesse est (jure saltèm communi inspecto) exprimi in retorsione scripta tempus, & locum quo facta est injuria, ut probat idem Harpprecht, quamvis Halbritterus apud eundem, testetur usu receptum esse, ut etiam absque hoc suam vim habeat. Illud certius est, retorsionem habituram suam vim, si certâ personâ, & injuriâ designatâ retorsio fieret generalibus terminis: *Quisquis hoc de me dixit, &c.* resolvitur enim in hunc syllogismum. Quisquis hoc de me dixit, mentitus est. Titius, ut narravi, hoc de me dixit: ergo, &c. Quare hoc ipso retorsio in personam determinatam facta est, nec aliis inde ullum præjudicium creatur.

QUÆRITUR 6. An Retorsioni scriptæ inserenda sit protestatio, quòd Retorsio non fiat animo injurandi. Affirmat Durandus in spec. tit. de Advocato §. 4. n. 4. Sed rectiùs Felinus, & alii negant: tum à paritate retorsionis verbalis, in qua nemo solet addere hujusmodi Protestationem: tum quia hæc protestatio tacitè, & sufficienter continetur in ipsa Retorsione, de cujus natura est, quòd interponatur animo se defendendi, & injuriam à se amoliendi modo per Iura licito: ergo non possunt Iura præsumere factam esse animo injurandi.



CAPUT VI.

DE INIURIIS CIRCA CORPUS PROXIMI PER HOMICIDIUM, MUTILATIONEM, &c. STUPRUM, ET ADULTERIUM, ET DE RESTITUTIONE COMPETENTE.

CONTROVERSIA I.

Utrum per Homicidium committatur Injustitia erga occisum invitum.

SUMMARIUM.

Homicidium (exceptis casibus infrà examinandis) est peccatum contra Jus occisi. 591.

Quomodo non existenti possit fieri injuria. 592.

In ultimo vitæ instanti competit jus pro sequenti instanti. 598.

590. NEgativam tenet P. Martinus Esparza q. 16. in fine solvens objectionem factam contra generalem aliquam hujus auctoris doctrinam, quâ docet, nunquam posse Ius alterius activum destrui per injuriam: cùm enim illi objiceretur homicidium, quo fit injuria occiso, & tamen destruitur vita, quæ est fundamentum omnis Iuris, adeoque etiam per consequentiam destruitur omne Ius, respondet in hæc verba. *Ad homicidium quod attinet, alius est dicendi locus* (sed hactenus non licuit videre, ubi dixerit) *sufficit pro nunc supponere ut certum, hominem non esse Dominum suæ vitæ, sed totum ejus Ius immediatum ad solum*

solum Deum pertinere. Vnde qui peccat occidendo hominem, non est injustus erga ipsum, sed erga Deum. Hæc ille, quo autem sensu velit homicidam esse injustum erga Deum, non explicat, cujus tamen explicatio meritò desideratur, quandoquidem q. 20. negat, hominem posse unquam peccatum committere, quod sit propriè Injustitia erga Deum, de quo puncto dixi in tr. de Incarnatione. Nunc breviter & obiter adverto, consequentiam hanc non esse legitimam. Homo non est Dominus vitæ: ergo occidendo non fit illi injuria. Nam homo etiam non est Dominus membrorum, & tamen mutilando fit illi injuria ex omnium liorum DD. sententia.

591. DICO, Homicidium (exceptis casibus infrà examinandis) esse peccatum contra Iustitiam, & contra Ius occisi. Conclusionem hanc AA. non disputant, sed supponunt. S. Thomas *q. 64. a. 6. ad 2.* dicit, gravius peccare eum, qui occidit justum, quàm qui occidit peccatorem, & primò quidem dicit magìs peccare contra charitatem, quia debet plus diligere justum: secundò, quia injuriam infert ei, qui est minùs dignus injuriâ, & ideo magìs peccat contra Iustitiam. Consentiunt S. Thomæ omnes Theologi cæteri, supponendo, ut dixi, tanquam veritatem indubitabilem, & meritò; quis enim in se non experitur voluntatem, quâ vult alios in suum commodum obligatos abstinere ab inferenda nece, aut mutilatione, magìs, quàm abstinere à percussione, furto, &c. Sed referamus unius alteriúsve verba. Primus sit P. Joannes Azor Theologus Moralis. Hic ergo incipiens agere de quinto præcepto Decalogi, monet, hoc & reliqua præcepta pertinere ad Iustitiam erga proximum: [sequitur, inquit, ut præcepta, quibus Ius proximi violari prohibetur, aggrediamur nam quinto præcepto prohibetur Injuria, quâ proximus facto læditur in persona propria; sexto, quâ facto læditur in persona conjuncta: septimo, quâ facto læditur in rebus propriis: octavo, quâ verbo læditur] Secundus sit P. Molina *Tr. 3. d. 1. Concl. 2.* sic habet. [Vita nihilominus, & membra sunt donum quoddam homini in ipsius bonum à Deo concessum, ut fruatur vitâ, utatúrque membris ad varias functiones. Est insuper homo constitutus Dominus earum suarum operationum, quæ facultati liberi sui arbitrii subsunt. Constitutus item est Custos, & Administrator vitæ, ac membrorum. Conclusio hæc satis ex se est perspicua, communitérque est recepta, &c.] & paulò pòst [ex prima verò, & tertia parte, provenit, quòd si quis injustè NB. privet alium vitâ, aut membro, vel nocumentum aliud ei in vita, aut corpore inferat, non solùm peccet contra Deum, qui Dominus est vitæ, ac membrorum illius, sed etiam NB. committat injustitiam adversus ità læsum, &c.] & statim addit, quòd si quis non esset invitus, sed volens, non pateretur injuriam, quod probaverat *Tr. 1. disp. 11.* Ab hac ergo tam recepta doctrina, si fundamentum adversarii solverimus, utique recedendum nobis non est.

592. Fundamentum adversarii est hoc. Per occisionem destruitur ipse homo, & hoc ipso tunc nullum existit Ius in illo homine: sed ubi nullũ est Ius, nulla potest esse injuria. Nam sicut Iustitia præsupponit Ius activum, cujus terminum intendit ponere, ità injuria supponit Ius activum, cujus terminum vult tollere: ergo à primo ad ultimum, actio destructiva juris activi, qualis est occisio, non est injuria contra illum, cujus Ius destruitur. Ex hoc argumento sequitur iterum contra doctrinam receptissimam, non posse fieri injuriam defunctis per detractionem, quam supra tradidimus.

593. Ad hoc argumentum potest dupliciter responderi. Primò, negando secundum membrum majoris propositionis. Nam licèt occisione destruatur homo, non destruitur tamen anima hominis occisi: porrò anima est formale, & immediatum subjectum Iuris ad vitam, seu ad unionem sui cum corpore. Cùm enim anima habeat Ius utendi membris corporis, hoc ipso habet Ius ad omnia media necessaria ad hunc usum: sed inter hæc media est unio sui cum corpore: ergo habet etiam Ius ad hanc unionem.

594. Quòd autem animæ etiam prout contradistinctæ, imò, & separata à corpore, possit fieri injuria, est certum. Si enim hæres fuerit gravatus in testamento, ut singulis annis curet haberi anniversarium pro anima defuncti, si id non præstet, injuriam facit animæ defuncti. Pari modo potest illi, ut dixi, fieri injuria per detractiones.

595. Et sanè (ut aptiore adhuc exemplo rem declaremus, nempe posse fieri injuriam animæ in primo instanti separationis, vi juris præexistentis in vita) nemo potest negare, fore injuriam, si quis dolo impediret aliquem à faciendo testamento: porrò hæc injuria non esset consummata nisi per mortem, ut per se patet: ergo injuria fieret in primo instanti mortis.

596. Responderi potest 2. Distinguendo secundum membrum majoris propos. per occisionem destruuntur omnia Iura, hoc est, tollitur potestas obligandi deinceps alios ex justitia, transeat: destruuntur omnia jura hoc sensu, ut nulla remaneat obligatio inducta vi Iuris præexistentis, nego majorem, & distinguo minorem: ubi nullum est Ius, nec immediatè antè fuit Ius inductivum obligationis pro sequenti instanti, nulla fit injuria concedo: ubi nullum est Ius de præsenti, fuit tamen immediatè ante Ius, non fit injuria, nego minorem, & consequentiam. Explico distinctionem. In primo instanti, quo quis acquirit Ius, illud constituitur per voluntatem præsentem, quâ quis vult alios obligare, ne impediant ab usu talis rei, v. g. panis: porrò in hoc instanti non obligat aliquis alios ad non destruen-

ſtruendum panem pro hoc inſtanti, eſſet enim obligatio ad non ponendum aliquid impoſſibile: cùm enim panis ſupponatur exiſtere in hoc inſtanti, implicat deſtrui in hoc inſtanti, ſtante illâ hypotheſi.

597. Ut autem hæc voluntas obliget in ſecundo inſtanti ad panem non deſtruendum, non eſt neceſſe, ut voluntas conſervetur in ſecundo inſtanti; ſed ſatis eſt, eam habitualiter perſeverare: nempe, illa voluntas non ſolùm vult in inſtanti primo, quo producitur panis, alios obligare ne impediant ab uſu panis, ſed hoc ipſum vult tamdiu, quamdiu non revocatur: ſola ergo negatio revocationis requiritur, ut inſequenti inſtanti detur obligatio non deſtruendi panem: in primo ergo inſtanti erat illa voluntas conditionalis, in ſecundo tranſit in abſolutam per negationem revocationis.

598. Ulteriùs (& hoc bene obſervandum eſt) licèt voluntas illa ſit tantùm conditionalis, reſpectu ſecundi inſtantis, in ordine ad hunc effectum, ut panis non poſſit licitè deſtrui, & debeat compleri in ratione juris abſoluti per negationem revocationis, ſeu ceſſionis juris, eſt tamen voluntas abſoluta, & Ius abſolutum in ordine ad hunc effectum, qui eſt: non impediri in ſecundo inſtanti, quò minùs quis poſſit pro libitu ſuo, vel revocare priorem voluntatem, vel illam ſtabilire. qui ergo in ſecundo inſtanti poneret impedimentum, v. g. inducendo amentiam, faceret contra Ius, quod adæquatè præexiſtebat in priori inſtanti, & vi cujus obligabantur alii pro ſecundo inſtanti ſimpliciter, & abſolutè.

Applicando jam doctrinam hanc ad caſum noſtrum: in ultimo inſtanti vitæ habet homo jus abſolutum, quo obligat alios, ne in ſequenti inſtanti eum occidant: quia occiſio eſt poſitio impedimenti, quò minùs poſſit ampliùs alios liberè obligare aut deobligare pro libitu, circa alias res. Occiſio ergo eſt contra hoc jus præexiſtens, non merè conditionale, ſed abſolutum, ut patet à paritate exempli allati.

CONTROVERSIA II.

Vtrum liceat occidere ſeipſum.

SUMMARIUM.

Obligatio ſe non occidendi eſt ex Iuſtitia. 600.
Poteſt hæc obligatio conſtare lumine naturæ. 601.
Probatio Card. de Lugo rejicitur. 603.
Item probatio P. Joannis Dicaſtilla. 608.
Noſtra probatio. 610.
Diſcrimen inter poteſtatem utendi rebus aliis, & ſuo corpore. 611.
Cur unus homo non poſſit fieri Dominus alterius vitæ. 612.
An reus condemnatus ad mortem, poſſit ipſe eſſe executor. 613.
Vtrum ſit contra Iuſtitiam, abbreviare indirectè vitam mortificationibus. 616.

599. Certum eſt 1. Nemini licere ſeipſum propriâ authoritate occidere; hoc enim ad minimùm lege poſitivâ divinâ prohibitum eſt. Exodi 20. *Non occides.* Sap. 16. *Tu es Domine, qui vitæ & mortis habes poteſtatem.* Deutr. 32. Ego occidam, & ego vivere faciam.

600. Conveniunt DD. 2. Hanc obligationem non eſſe meræ charitatis erga ſeipſum: alioquin ob majus bonum ſpirituale poſſet quis ſe occidere, ſed eſſe obligationem ex Iuſtitia erga Deum, quomodocunq; explicetur hæc Iuſtitia, ſive Commutativa, ſive Legalis, reſpiciens Ius Iuriſdictionis.

601. Quæſtio eſſe poſſet, an ſolâ lege poſitivâ itâ conſtitutum ſit, vel an ipſo naturæ lumine conſtare poſſit obligatio ſe non occidendi.

DICENDUM ex communi DD. conſtare poſſe lumine naturæ. Difficulter tamen hujus concluſionis ſolida ratio redditur, ut meritò dixiſſe videatur Card. de Lugo, hanc aſſertionem, ſicut & multas alias, eſſe certiorem, quàm ſit ejus probatio. Difficulter, inquam, redditur ratio, cur aliarum rerum uſus homini conceſſus ſit à Deo, ut ſine injuria poſſit eas deſtruere ad libitum, non autem proprii corporis uſum ità conceſſerit, ſed deſtructionem exceperit.

602. Aliqui rationem reddunt, quia occiſio vel mutilatio ſui foret contra Ius Reipublicæ, cujus membrum ſumus. Sed contra. Ergo ſi quis nullius Reipublicæ membrum eſſet, nec eſſe vellet, ut S. Paulus Eremita, poſſet ſe occidere ſine injuſtitia: imò eſſet contra Iuſtitiam, velle ſe ab omni communitate & Republica humana ſeparare.

603. Card. de Lugo probat hoc modo. Prædicatum: *Dominus*: eſt correlativum non minùs quàm prædicatum; *Pater*: aut: *Magiſter*: atqui nemo poteſt eſſe Pater aut Magiſter ſui-ipſius: ergo neque Dominus. Itaque homo non eſt Dominus niſi ſuarum operationum. Supponit ergo Lugo, Dominum ſpecificativè ſumptum, hoc eſt, illam perſonam quæ dicitur Dominus, & rem dominio ſubjectam debere realiter ab invicem diſtingui.

604. Hæc tamen ratio non ſatisfacit. Primò. Quia hac ratione non oſtenditur, quare non poſſit homo fieri Dominus vitæ alterius hominis, v. g. illius qui naſcitur ex ancilla mea, cujus omnes fructus & emolumenta alia appropriantur Domino, etiamſi ancillæ vita non ſit ſub dominio Domini, item cur qui in bello juſto aliquem capit, & poſſet illum tunc occidere, quare, inquam, non poſſit necem differre in tempus arbitrarium & ſibi lubitum.

605. Contra 2. Quia hac ratione probaretur, quòd homo nullum jus haberet vitæ suæ adversus alios homines ne ab illis occidatur, quod est contra hunc ipsum authorem. Probatur sequela. Quia non magis refertur Dominus per dominium ad rem cujus habet dominium, quàm omnis habens jus refertatur per ipsum jus ad rem, in qua vel ad quam habet jus. Nam dominium est species Iuris: ergo si Dominus deberet realiter distingui à re cujus habet dominium, etiam deberet realiter distingui à re in qua habet jus; vel econtra, si potest intelligi habens jus in re non realiter distingui à re, potest idem dici de Domino.

606. Itaque Persona habens jus refertur quidem per ipsum jus ad alios quos obligat ne impediant ab usu, &c. sicut Pater ad filium & Magister ad discipulum; sed non refertur necessariò relatione reali ad rem cujus dicitur habere jus: quare idem dici posset de dominio suæ vitæ.

607. Confirmo ad hominem. Lugo docet (ut paulò pòst referam) Administratorem non debere distingui à re quam administrat: atqui non minùs est relativum: esse administratorem, ac esse Dominum; ergo nec erit necesse Dominum distingui à re cujus est Dominus.

608. P. Dicastillo *d.* 10. *dub.* 17. *n.* 513. paulò aliter probat Conclusionem. Res quæ cadit sub dominio alicujus, necessariò est illi subjecta, & quasi ordinata ad commodum & utilitatem ejusdem: sed fieri non potest, ut substantia hominis subdita sit eidem homini, & ordinata ad illius utilitatem: ad hujusmodi enim subjectionem requiritur distinctio.

Sed, ultra id quod paulò antè dictum est, contra hoc est primò. Quia vita est homini tanquam custodi & administratori subjecta ad sui conservationem, etiam secundùm hunc auctorem, & non obstante identitate satis refertur ad utilitatem hominis: ergo etiam intelligi posset vita esse subjecta quoad destructionem, non obstante identitate; & quidem hæc ipsa destructio referri posset in utilitatem ac felicitatem hominis, si homo se occideret, quando moraliter certus esset, se esse in statu gratiæ: sicut tunc licet desiderare dissolvi & esse cum Christo: ergo nulla identitas obstat, quominus intelligi posset in homine potestas seu facultas se occidendi, sive deinde placeat eam vocare dominium, sive non, quæ esset quæstio de vocabulo.

609. Contra. 2. Quia hac ratione probaretur, quòd Deus non posset homini dare licentiam se occidendi: quod tamen hi Authores fatentur fieri posse. Sequela probatur. Quia Deus non potest facere, ut homo sit distinctus à sua vita: ergo si distinctio necessaria esset, ut homo posset mortem ordinare ad suam felicitatem, nec Deus posset dare hanc licentiam, quia esset licentia ad faciendum impossibile.

Alia ergo Conclusionis ratio quærenda est, quam mihi videtur observâsse Cicero de Somnio Scipionis, referens illud Pythagoræ: sicut militi non licet sine Jussu Imperatoris à sua statione discedere, ità nec licet homini ab hac vita discedere, sine Dei voluntate. adhuc clariùs Plato in in Phædone, inquiens: Ità irascitur Deus, cùm quis se occidit, sicut Dominus, cùm servum suum viderit se occidere. Itaque

610. Considerandum est id quod lumine naturæ intelligere possumus, Deum omnia, quæ in humano commercio sunt, gratiâ hominis produxisse, ipsum autem hominem creâsse gratiâ ipsius Dei, hoc sensu, ut Deo juxta placitum ipsius serviat, ab eo leges accipiat, ipsum colat, & Dominum suum agnoscat, atque ut talem revereatur: atque huic obsequio præstando tamdiu obnoxius sit, quamdiu Domino placuerit, sine cujus speciali consensu non habeat facultatem sese ullo modo inhabilitandi aut subducendi servitio. Hoc sanè & est de conceptu perfectissimi Dominii Dei in creaturas rationales, & de conceptu essentialis servitutis, quæ cuivis creaturæ rationali convenit.

611. Ex hoc autem statim relucet discrimen inter potestatem quam accipit homo circa ea quæ in sui solius gratiam condita sunt, & inter potestatem quam accipit utendi suo corpore suisque potentiis. Cùm enim cætera Deus non æstimet nec amet nisi in gratiam hominis, cui ea subjecit, mirum non est, datam esse homini potestatem ea etiam destruendi, cùm sæpè homini gratior sit destructio quàm conservatio rei: & licèt homo sæpè peccet ea destruendo, sufficiebat tamen hanc destructionem ex aliis virtutibus quàm ex Justitia prohibitam esse, nempe quæ illam prohiberent in gratiam & bonum ipsius hominis. At verò cùm hominem creaverit Deus specialiter gratiâ sui, ut haberet, circa quem exerceret, aut pro libitu exercere posset suam Iurisdictionem, non potest censeri voluisse conferre vitæ dominium, sed tantummodo usum fructum, hoc est, salvâ rei substantiâ.

612. Hinc etiam facilè redditur ratio, cur unus homo absque speciali Dei dispensatione non possit fieri dominus vitæ aut membrorum alterius hominis: quia ad Dominium perfectum Dei spectat, non nisi ex suo speciali consensu posse ullum hominem inutilem reddi ad functiones, quas Deus illi præcipere potest.

QUÆRITUR hìc ulteriùs 1. An Reus condemnatus ad mortem possit ipse esse executor sententiæ, v. g. venenum oblatum haurire, vulnus pectori infligere. Negant Lessius, Salas, Vasquez, Lugo. Contra quos-

613. DICO, probabilius esse licere. Ità Victoria, Aragonius, Corduba, Sa, Toletus, Dicastillo. Probatur Conclusio, destruendo fundamen-

mentum contrariæ sententiæ, & est hoc. quòd Minister Iustitiæ vindicativæ non minùs quàm ipse Iudex debeat esse distinctus realiter à reo. ergo quando non est distinctus, occidit authoritate privatâ. antecedens probatur, quia Iustitia semper est ad alium. Hinc S. Thomas *q. 64.a.5. ad secundum*, dixit, quòd malefactor non potest se interficere, quia nullus est Iudex suiipsius. Ità Card. de Lugo n. 12.

614. Hæc tamen probatio patitur instantias manifestas. Quando quis punitur pœna exilii aut Relegationis, damnatur ad triremes, metalla fodienda, &c. debet ipse reus esse executor sententiæ & Iustitiæ Vindicativæ, nisi velit vi & flagellis compelli: neque quis rectè diceret, talem privatâ authoritate, & propriâ voluntate pœnas illas subire. Certè si Superior aut Confessarius injungat alicui pro pœnitentia disciplinam, ipse est Minister justitiæ vindicativæ simul & Reus.

615. Confirmatur ad hominem ex Card. de Lugo principiis. Potest homo ex præsumpto consensu Dei tanquam Domini amputare sibi membrum, si hoc sit necessarium ad conservandam vitam, quia, ut tradit Lugo, homo est administrator & gubernator sui corporis: est autem prudentis gubernatoris, ordinare jacturam partis ad conservandum totum: cùm partes, utpote ordinatæ ad totum, debeant postponi toti. Iam ad rem nostram hoc applicando, sciendum est, quòd ex hoc ipso fundamento tradant DD. & probent, dari in Republica potestatem occidendi malefactores: cùm enim sint membra noxia, & Respublica sit administratrix & Gubernatrix totius corporis, debet habere potestatem amputandi hujusmodi membra. Iam sic. Si ergo per adversarium non est necesse, ut administrator sit distinctus à re administranda, poterit utique ipse reus esse unus ex administratoribus, & ex commissione Reipublicæ seipsum ut inutile membrum amputare.

Ad argumentum ergo respondetur, Iudicem principalem debere esse distinctum à Reo, & hoc docet S. Thomas loco citato, nihil autem dicit de Ministro. verba illius sunt luce clariora. *Ad secundum dicendum, quòd ille qui habet publicam potestatem, potest licitè malefactorem occidere, per hoc quod potest de ipso judicare. Nullus autem est judex sui ipsius. Vnde non licet habenti publicam potestatem seipsum occidere propter quodcunque peccatum, licet tamen ei se committere judicio aliorum.* quibus ultimis verbis videtur potiùs favere nostræ sententiæ: quasi diceret, quòd si ab alio judicatus esset, posset illius sententiæ executor esse.

616. QUÆRITUR 2. Utrum peccet contra Iustitiam, qui voluntariis corporis afflictationibus utitur cum periculo notabilis abbreviationis vitæ, nō quidem intendendo abbreviationem, sed eam permittendo amore virtutis augendæ. Idem cum proportione quæri potest de illis, qui voluntario cibi, potûs, libidinis excessu, vitæ abbreviandæ periculum subeunt.

℞. 1. Vtrumq; peccare graviter, & quidem contra Iustitiam, si non sit etiam probabilitas in oppositum de non abbrevianda vita, & quidem, meo judicio debet esse major: sicut peccarem, si alterius crimen evulgarem, quando est probabile quòd adhuc sit occultum, vel si vellem rem alienam v.g. equum ità tractare, ut periculum probabile sit eum notabiliter deteriorandi. Ratio est, quia alioquin homo non agit fideliter officium custodis, administratoris, & usufructuarii, ut patet. ℞. 2. Si non sit periculum notabilis abbreviationis, neutrùm contra Iustitiam peccare, alioquin infinitæ actiones non solùm Religiosorum, sed etiam sæcularium damnandæ essent, quæ tamen à prudentioribus non damnantur sed laudantur. Sic ego novi viros in dignitate constitutos, qui bono publico invigilantes, omnium judicio vitam sibi abbreviârunt continuis curis, præsertim causarum forensium discussionibus: sic laudabiliter exercentur quædam artes, in quibus exercendis apparet neminem facilè senescere. Vnde apparet, authorem vitæ non exigere talem curam prolongandæ vitæ, alioquin deberet potiùs contrarium judicium hominibus inserere. Et ratio ulterior est, quia talis obligatio esset infinitis scrupulis & perplexitatibus obnoxia, ut consideranti facilè patet.

617. Ex quibus apparet, jure meritò fuisse à Theologis Romæ reprobatum Iudicium Medicorum, pronuntiantium, juvenem quendam nobilem, minùs firmæ valetudinis, & delicatæ complexionis, teneri egredi ex Novitiatu, ut posset delicatioribus cibis uti in sæculo. qui tamen à Summo Pontifice suo arbitrio relictus mansit in Religione, & medicas curas fallaces esse comprobavit, cùm meliùs multò sub religiosa disciplina postea valeret, quàm valuisset priùs in sæcularibus deliciis, inquit Card. de Lugo n. 36.

Pari modo, non peccat contra Iustitiam, qui non positivè, sed tantùm negativè, est causa abbreviationis vitæ, exponendo se periculo probabili mortis incurrendæ, v.g. non adhibendo media extraordinaria, inserviendo ægris cum periculo contagionis, &c. Quæ omnia, perquàm eruditè persequitur citatus Card. quorum omnium ratio est, quia si nihil tale liceret, pessimè consultum esset bono publico, cùm omittendæ essent plurimæ actiones bono publico necessariæ, ut consideranti est manifestum. Nec potest rationabiliter cogitari, Deum esse invitum, quandoquidem licentia harum actionum manifestè plus boni affert, quàm mali, considerando etiam vitas hominum, v.g. licentia curandi ægros utique conducit ad plurimorum vitam conservandam, esto cum aliquo periculo pauciorum vitæ amittendæ. In summa, in istis casibus non

 possu-

possumus semper habere rationem à priori, sed contenti esse debemus Iudicio communi à natura insito: ex quo potest etiam justificari illud de quo multùm tricatur Lugo, an liceat militi injicere ignem pulveri tormentario cum manifesta mortis certitudine, ut hosti noceat, cúmque arceat, si non sit spes evadendi, &c. Cujus exemplum in Eleazaro habetur 2. Machabæorum 6. Sed de hoc videatur P. Andreas Mendo. *Dissert. 4. quæst. 6.*

CONTROVERSIA III.

Quandonam liceat indirectè occidere innocentem.

SUMMARIUM.

Nunquam licet occidere directè innocentem. 618.
Ex gravissima causa potest indirectè occidi. 619.
Nullà urgente necessitate nec indirectè licet. 620.
Probatio Card. de Lugo patitur difficultates. 621.
Qualis Regula observanda ad cognoscendum, cui assistat jus in casu, quo Iura contraria concurrunt. 623. *& seqq.*
An liceat procurare abortum directè, ad salvandam vitam matris. 627.

618. Certum est 1. Non licere sub ullo prætextu, & ad quodcunque malum, seu publicum, seu privatum impediendum, aut bonum obtinendum, occidere innocentem directè, hoc est directâ intentione vel electione talis necis, tanquam medii. Ratio est, quia vita non est sub dominio humano. Administratio autem commissa Magistratibus in homines nocentes tanquam membra noxia, non se extendit ad occidendos innocentes: neque talis potestas erat necessaria sicut prior. Non enim nisi Metaphysicus casus excogitari potest, quo non sufficeret permissio occisionis, sed requireretur occisio positiva facienda à Magistratu, cui constaret de innocentia.

619. Certum est 2. Ex communi DD. sententia, innocentem, hoc est, qui nihil agit hîc & nunc contra jus nostrum, posse ex gravissima causa indirectè licitè occidi, hoc est, per talem actionem, quæ prout substat intentioni nostræ, posset intelligi consecuta esse finem suum directè quæsitum sine occisione alterius, adeoque cui per accidens est, quòd hîc & nunc habeat annexam innocentis occisionem. Exemplum est in oppugnatione justa civitatis, ad quam necessaria est quassatio turris, in qua scio existere aliquos innocentes: quo casu dejectio turris est id quod per quassationem tanquam medium directè quæritur, ne scilicet inde possint hostes nocere: dicitur tamen tunc indirectè volita occisio innocentium, qui in turri existunt, sine quorum præsentia posset utique dejectio turris intelligi, & existere.

620. Aliud exemplum est, si quis fugeret suum hostem stricto gladio insequentem, & deberet per confertam multitudinem fugere, posset cursum directè intendere, & viribus promovere, etiamsi prævideret fore, ut jacentem infantem opprimeret, non tamen liceret gladio petere illos, qui ex involuntaria compressione viam impedirent: hoc enim esset directè tanquam medium eligere occisionem innocentis.

Certum est 3. Quòd nullâ necessitate urgente non liceat, ne quidem indirectè, occidere innocentem. Non est autem dicenda necessitas, quando alioquin esset omittendum lucrum, v. g. mercatori properanti ad nundinas, ut alios præveniret, & sic plus lucraretur, non liceret iter in directum arripere concitato equo, si infans in via conculcandus esset. Hæc cùm sint certa, ratio tamen difficillimè redditur, & regula cognoscendi, quanta debeat esse necessitas.

621. Card. de Lugo *sect. 5. n. 123.* rationem reddere conatur his verbis. Licèt, qui arcem diruit, aut globum mittit, physicè loquendo sit causa illius mortis, non tamen dicitur *humano & morali modo* causa: quia hoc verbum: *humano & morali modo:* in ordine ad actionem humanam communiter applicatur illi, qui intendit mortem: sic nec communiter dicitur se polluere, aut esse causa pollutionis, qui aliquid facit, aut comedit, ex quo prævidet secuturam pollutionem, si tamen eam non intendit, vel nisi ex justitia teneatur illam causam non ponere: tunc enim licèt effectum non intendat, dicitur occidere, quia propter obligationem non ponendi causam, imputatur ei effectus perinde, acsi eum intenderet, & dicitur jam physicè, & moraliter causa illius. Hæc Lugo.

622. Contra hanc tamen rationem duo mihi occurrunt. Primum est, quia hoc modo non redditur ratio ex natura rei petita, sed ex modo loquendi desumpta. Indicat quidem ille diversus loquendi modus, talem occisionem non esse culpabilem ex communi hominum judicio, sed non evolvit nec aperit rationem, cui innititur ille communis sensus, & judicium.

Secundum est, quia doctrina illa vel continet petitionem principii, vel relinquit integram difficultatem. Nam imprimis tacitè supponit, & rectè, aliquando ne indirectè quidem licere occidere innocentem, sed fore injuriosam occisionem, v. g. in casu mercatoris properantis ad nundinas: tunc enim habet innocens jus ad omissionem talis actionis. Quæro itaque: cur innocens non eodem modo retinet jus ad suam vitam, & ad omissionem quassationis turris? Respondebis: quia hîc est maxima necessitas. Urgeo tamen. 1. Ergo exemplum allatum ab adversario de pollutione, nihil est ad rem, quia nimium

nimium probat. probaret enim, quòd nulla necessitas requireretur, sicut nulla necessitas requiritur, ut liceat comedere cibum ex quo prævidetur secutura pollutio. Urgeo. 2. Quid intelligis per maximam necessitatem? an debet esse par necessitas, vel major, quàm sit ipsius innocentis? hoc dici non potest, & à nemine dicitur: nam indirecta occisio innocentis est licita etiam ad evitandum minus damnum, v.g. ad evitandam torturam, carcerem gravem, imò & ad evitandum damnum bonorum temporalium, ut patet in causa belli, quando innocentes indirectè occiduntur ad obtinendum unum oppidulũ: quæro ergo quanta debeat esse necessitas, ut det mihi jus agendi etiam cum damno indirectè causato vitæ innocentis; sine qua necessitate innocens haberet jus ad omissionem talis actionis, occurrente autem necessitate alter habet ius agendi.

623. Explicatur magis difficultas. Secluso omni damno infantis ego habeo jus equitandi per pontem. econtra infans ibi jacens habet secluso omni meo damno jus ne equitem per pontem cum infantis oppressione. Contingit casus, quo equitatio hîc & nunc sit conjuncta cum damno infantis, omissio verò equitationis sit conjuncta cum damno meo: cur, obsecro, jus mihi potiùs assistit, quàm infanti? cur meæ vitæ potiùs consulit ac favet, quàm vitæ infantis? Pro Resolutione

624. DICO, & statuo regulam, quam etiam suprà in simili tradidi. Quando concurrunt hujusmodi jura in speciem contraria, tunc, ut constet cujusnam jus prævaleat, & per consequens jus alterius in tali casu cesset, tunc, inquam, comparanda sunt damna utriúsque partis, & simul est consulenda mensura Charitatis; ac proinde jus assistet illi, cui charitas assistit, vel quem absolvit. Clariùs. Quando damnum à me incurrendum per omissionem fugæ est majus quàm illud, quod lege charitatis debeo subire ad cavendum damnum gravius alterius, tunc jus assistit mihi non alteri, quia charitas me absolvit ab obligatione subeundi tale damnum. Si verò damnum esset ejusmodi, ut illud tenerer ex charitate subire ad evitandum majus damnum alterius, tunc jus alteri assistit, quia charitas illi assistit, & me ligat.

625. Hac regulâ suppositâ, quam Lessius & Lugo amplectuntur, ad resolvendam præsentem quæstionem subsumo: atqui jactura meæ vitæ, imò unius oppidi cum talibus consequentiis, & circumstantiis, est majus damnum, quàm quod quis debeat ex charitate subire ad conservandam vitam alterius: ergo tunc manet mihi jus indirectè opprimendi infantem.

626. Dices: in casu posito damnum infantis est etiam majus, quàm quod teneretur lege charitatis subire ad evitandum damnum fugientis suum hostem: ergo si nostra regula vera est, jus etiam infanti assistet: ergo dabuntur duo jura sibi contraria, & bellum utrínque formaliter & materialiter justum, quod in terminis repugnat. ℞. Concedendo primam consequentiam, & negando secundam. Jus enim quod infanti conceditur in tali casu, non est ad negationem meæ fugæ ab hoste per pontem in his circumstantiis (sic enim essent jura contraria) sed est jus ad tuendum suum locum per resistentiam positivam reprimendo equum, si possit: uno verbo jus habet ponendi omnem actionem positivam loci defensivam, & non directè (licèt indirectè) læsivam fugientis. Unde si infantis pater, vel tutor ibi staret, posset hoc Ius infantis tueri reprimendo equum ad latus, non obstante periculo quocunque lapsûs.

Et ut res clariùs appareat, finge in eodem ponte angustissimo duos hujusmodi à suis hostibus fugientes sibi occurrere, neutrum tamen posse ullo modo suum iter & fugam prosequi, nisi indirectè causando lapsum alterius in flumen: sanè dicendum est, unumquemque habere jus adhibendi omnes vires locomotivas & conatum ad occupandum illum locum sibi necessarinm ad fugam, & hoc unusquisque directè intendit, & qui fortior erit, vincet sine læsione juris alieni: nam Jus ad illum locum occupandum non est absolutum secundùm se, sed conditionatum, si habeat vires sufficientes in præsentia contrarii. seu meliùs. est jus adhibendi conatum pro viribus, occupandi locum: hoc autem jus alter qui est fortior, non lædit, non enim impedit illum à conatu, (quo modo impediret, si directè metum incuteret) sed impedit ab effectu quem alter intendit per conatum: sicut cùm plures jaculantur ad metam, quivis habet jus conandi, ut tangat proximè metam, sed non habet absolutum jus, ut nullus eum vincat.

627. QUÆRITUR hîc, utrum liceat procurare abortum, directè illum intendendo, ad salvandam vitam matris necessarium. Aliqui apud Card. de Lugo, nominatim Torrenblanca, dixerunt, ante fœtus animationem licere procurare abortum, quando evidens periculum apparet, vel quòd in puerperio soleat mater ad extremum deduci, aut nimis arcta sit, aut fama ejus lædatur, aut aliter vitæ discrimen, vel existimationis posset subire. P. Sanchez *lib. 9. de Matr. d. 20. n. 9. post alios*, dicit id licere, quando ad vitam & salutem matris ex morbo periclitantem necessarius judicatur abortus, non tamen quando ex partûs difficultate futura, aut ex infamia mors timeretur: discrimen assignat, quòd in priore casu fœtus sit aggressor, non in posteriore. Sed hoc discrimen meritò rejicit Pontius & Lugo, quia reverà vel in utroque vel in neutro fœtus est aggressor talis, qualem licet ad sui defensionem occidere.

 628. DI-

628. DICENDUM est cum communi DD. nunquam licere directè intendere abortum. Ratio est, quia ipso naturæ instinctu impellimur ad judicandum, administrationem fœtûs naturam sibi reservâsse, non minùs quàm seminis, ademptâ hominibus omni licentiâ disponendi de his, nisi ad finem generationis ab ipsa natura intentum, quia omnis alia licentia exposita esset gravissimis abusibus, ut cum eodem authore alibi diximus.

629. Licitum tamen est matri sumere pharmacum nullo modo de se tendens & ordinatum ad expulsionem fœtûs, esto sit periculum expulsionis per accidens, si mater alio medio servari non possit. Excipitur casus, qui moraliter censetur impossibilis, nempe si spes probabilissima esset, fore ut fœtus ad baptismum perventurus esset, si mater quantumvis probabilissimè moritura, à pharmaco abstineret. Videatur Diana *to 2. tract. 5. Miscel. Resol. 11.* nam hic casus ad Charitatem pertinet.

CONTROVERSIA IV.

Quandonam liceat occidere invasorem seu aggressorem; ubi de Duello.

SUMMARIUM.

630. QUÆRITUR 1. An qui ab alio injustè invaditur, & nisi se defendat, occidendus, vel graviter vulnerandus est, possit aggressorem occidere, etiam directè intendendo necem, salvo moderamine inculpatæ tutelæ. Negârunt non pauci relati à Molina *tom. 4. disp. 11.* Sed communissimè cum S. Thoma Theologi affirmant. Probatur. Nam ipso naturæ lumine omnibus insitum est, licentiam hanc esse necessariam ad absterrendos homines, iræ, vindictæ, & passionibus aliis indulgentes, ne passim pro libitu, & libidine sua homines innoxios, & conscientiam bonam habentes invadant, quod sanè fieret, sed esset incommodum, & detrimentum Reipublicæ longè, & incomparabiliter gravius, quàm quod affert licentia se defendendi. Unde in *Cap. Si verò de Sent. excomm.* Rectè pronuntiavit Alexander III. quòd vim vi repellere omnes leges, omniaque Iura concedant.

631. Quòd verò tunc liceat occisionem directè intendere, probatur contra Cajetanum. Quia hoc ipso, quòd mihi licitum est intendere defensionem, & hæc defensio, ut ponimus, consistit ultimò, & completè in occisione, eò quòd invasor aliter non sit destiturus, nec minore læsione (si ea studiosè quærenda, & anxiè attentanda esset) repelli hîc & nunc posset (non enim est in potestate defendentis ligare illi manus, aut eruere oculos, aut amputare digitos salvâ vitâ) eo ipso, inquam, potest intendi ipsa occisio, tanquam medium hîc, & nunc necessariò intendendum ad immunitatem sui.

632. Observandum autem hîc est, quòd Invasor dupliciter possit esse injustus, vel formaliter, vel materialiter tantùm. prior est, qui deliberatè peccat invadendo; alter qui non peccat; v.g. amens, ebrius, vel ex errore invincibili inductus, prout inductus erat S.P. Ignatius adhuc sæcularis; quando deliberavit, ad tuendum Deiparæ Virginis honorem, de Mauro occidendo, & resolutionem ultimam itineri mulæ commisit. De utroque procedit Conclusio.

Deinde dictum est, defensionem fieri oportere cum moderamine inculpatæ tutelæ, quod in eo consistit, ut ne plus fiat, quàm necessarium sit ad sui defensionem, si potest minus à majore fine periculo separari.

633. Ubi inquirunt legis Interpretes, an ille, qui in sui defensionem alium occidens, moderamen inculpatæ tutelæ excessit, puniendus sit pœnâ ordinariâ legis Corneliæ: ff. de Sicariis, (de qua est titulus 8. lib. 48.) vel quæ deinde illi successit. Et respondent negativè, nempe si excessus provenit ex calore iracundiæ, ac justo dolore: v.g. si inter pugnam aggressor lapsus est, unde alter potuisset sibi fugâ consulere, vel lapso arma eripere, &c. Sed animo turbatus jacenti vulnus lethale destinatè inflixit. Quodsi tamen dolo malo occidisset, v.g. si aggressor veniam precatus esset, arma abjecisset, &c. Communior

munior habet DD. sententia, tunc locum esse pœnæ ordinariæ. Probatur. à paritate Domini occidentis servum dolo malo, excedentis justam castigationem. *L. unicâ C. de emend. serv.* Idem habetur de Magistro discipulum occidente. *L. sed etsi quemcunque. §. Si Magister. ff. ad L. Aquil.* Videatur Fachinæus *lib. 1. Contr.* 32.

634. QUÆRITUR 2. Quid requiratur, & sufficiat ad hoc, ut quis dicatur actualis aggressor, aut invasor, ut tibi licita sit defensio.

DICENDUM 1. Requiri, ut habuerit actualem animum decretorium te invadendi per se, vel per alium: & tibi debet de hoc morali certitudine constare, nec sufficit suspicio, quantumvis vehemens. Si tamen exstent indicia fundantia vehementem suspicionem, & rationabilem timorem animi machinantis occisionem, tunc ex consilio Molinæ & Lugonis admonendus esset aggressor, ne accedat, ne hoc aut illud faciat, eò quòd det justam causam timendi. Quòd si admonitus non desisteret, nec quietos redderet animos timentium, posset interfici, ut injustus aggressor: neque enim exspectanda est actualis læsio, aut manifesta intentatio, sed cautè procedere licet impediendo læsionem.

Deinde non est necessarium, ut animus occidendi sit liber; unde si te ebrius, aut phreneticus aggrederetur, idem defensionis Ius tibi competeret. Ratio est, quia defensio justa, de qua agimus, non habet rationem vindictæ, sed rationem custodiæ: ergo sicut licet defendere rem suam contra phreneticum volentem eam destruere, ità & vitam.

635. DICENDUM 2. Non esse necesse, ut adversarius jam cœperit te corporaliter aggredi: sed satis est, si tibi constet, quòd jam præparaverit arma, quòd captet & quærat occasionem te aggrediendi, nec appareat spes animi revocandi. In tali casu dicunt Theologi, licitam esse præventionem. Cæterùm, etsi speculativè loquendo dicatur, negari tamen non potest, hoc Ius præveniendi magnis abusibus, & excessibus periculosis expositum esse, & exponere præsertim illarum nationum homines, quorum genius ad vindictam nimis pronus est; unde facile est, ex latente vindictæ desiderio, vel alterius odio, vel ex irrationabili timore sibi persuadere, hic & nunc esse licitam præventionem, quando ei minimè locus est: cujus falsæ persuasionis tragicos eventus historiæ docent. Econtra tamen, dum Tridenti versarer, absolutus est quidam, qui jure præventionis alium occidit; quia authenticis amicorum fide dignorum litteris docere potuit, se ab adversario, tali die, & loco ad necem quærendum esse, & reverà quæsitus fuit, sed prævenit ejaculando, & adversarium prosternendo. Quare & hic casus non est impossibilis.

636. QUÆRITUR 3. An tenearis fugere adversarium invasorem, si fugiendo potes quidem te in securitate constituere, sed ex illa fuga sequitur gravis ignominia tua apud alios, ex pseudopolitico nimirum judicio, quòd sit hominis ignavi, fugere suum hostem.

637. DICENDUM est cum communi DD. & respondendum negativè. Unde consequens est, quòd tunc liceat aggressorem occidere. Ratio est, quia, ut ponimus, jactura famæ magìs tibi damnosa est, quàm sit damnum, quod ex charitate teneris subire in gratiam invasoris, juxta Regulam suprà traditam: ergo habes Ius te à tali damno immunem conservandi: atqui non potes aliter, quàm resistendo: ergo habes Ius resistendi eo modo, quo haberes, si non posses fugere.

638. Ex hac resolutione nihil favoris accedit Clericis & Religiosis, quibus ob suam professionem non solùm non est indecorum fugere, sed potiùs esset indecorum se defendere, quando fugere possent. Neque debent mundanorum hominum æstimationem curare in hoc puncto, qui Christi mansuetudinem, & humilitatem profitentur, & prædicant aliis doctrinam Christi, jubentis ex una in aliam civitatem fugere.

639. Objicitur 1. Nemo potest alium occidere authoritate privatâ: atqui talis occisio fieret authoritate privatâ: ergo non licet. ℞. Distinguendo majorem. Non licet occidere occisione non habente rationem medii ad custodiendam, & defendendam vitam propriam, sed potiùs habente rationem finis, aut vindictæ, concedo, secùs nego.

640. Objicies 2. Salus æterna proximi præferenda est vitæ temporali propriæ: atqui injustus invasor plerumque est in statu peccati mortalis; & si occidatur, erit æternùm damnandus: ergo si invasus habeat magnam probabilitatem statûs gratiæ, tenetur ex charitate potiùs subire mortem, quàm occidere invasorem. ℞. Distinguendo majorem. Est præferenda in casu, quo proximus est in extrema necessitate constitutus, à qua seipsum liberare non possit, concedo, secùs nego, & eodem modo distinctâ minore negatur consequentia.

641. Objici potest 3. & graviùs. Ex conclusione posita sequi videtur, spectato præcisè Iure naturæ licitum esse acceptare duellum ab alio oblatum, si provocatus recusare non possit sine gravi famæ honorísque jactura apud alios.

Imprimis antequam ad rem ipsam veniamus, casus iste non est tam frequens, ut multis esse videtur. Potest enim provocatus plerumq; (saltèm extra militiam) respondere, se sibi ab adversario non timere, nec eum velle fugere, si sit aggressurus, ex condicto tamen nolle duellum acceptare, nec posse salvâ lege divinâ, imò, & humanâ inferente duellantibus infamiam Iuris *Trid. sess. 25. cap. 19.* Cujus verba sunt. *Qui*

verò

verò pugnam commiserint, & qui eorum patrini vocantur, excommunicationis, ac omnium bonorum suorum proscriptionis, ac perpetuæ infamiæ pœnam incurrant, & ut homicidæ juxta Sacros Canones puniri debeant. Et si in ipso conflictu decesserint, perpetuò careant Ecclesiasticâ sepulturâ. Posset ergo brevissimè dicere: tanti te non facio, ut propter te velim infamis esse sicut tu esse vis. Hoc responso satis consuleret existimationi suæ apud omnes homines, apud quos interest hominis nobilis esse in honore.

642. Hujus rei duo exempla refert P. Andreas Mendo. Vir quidam nobilis, urbe Lucronio natus, Gubernator Habanæ, cùm provocaretur ad duellum, respondit, à se multis in præliis ostensum fuisse animum impavidum, duellum verò à se recusari propter legem Dei. Quo responso ingentem sibi gloriam comparavit. In urbe Salmantina vir nobilis & fortis, cùm à vita laxiore ad meliorem se frugem recepisset, provocatus ad duellum respondit: *Ego tempore superiori non recusâssem duellum, nunc autem benè nôsti, mihi gratiâ Dei curæ esse ejus legem.* Quod mirati sunt, & laudaverunt, quotquot resciverunt.

Fingendo tamen casum, quo nulla hujusmodi responsio sufficeret ad tuendum suum honorem, diversæ sunt DD. responsiones, quibus conantur dare disparitatem inter aggressorem, & provocantem ad duellum.

643. P. Lessius respondet disparitatem esse, quia provocans ad duellum non intendit me spoliare meo honore, sed id fit per accidens. Hanc responsionem meritò rejicit Lugo, quia reverâ nulla est. Nam etiam aggressor non intendit me spoliare meo honore, sed hujus jactura sequitur per accidens, & indirectè ex fuga, & tamen hoc sufficit, ut non tenear fugere, sed possim me defendere, ergo idem in casu duelli dicendum erit.

Card. de Lugo aliter respondet, & negat paritatem. Nam aggressor cogit ad pugnandum, provocans autem non cogit, sed tantùm invitat: ergo acceptans non se defendit, sed æqualiter aggreditur alterum, & est reciproca aggressio, sed impropriè dicta: quare neutri Ius naturæ favet.

644. Hæc tamen disparitas mihi non satisfacit. Nam si res attentè consideretur, apparebit, quòd provocans verè sit aggressor, non quidem vitæ, sed honoris: nam per provocationem conjicit alterum in necessitatem vel pugnandi, vel amittendi honorem: ergo licèt ad pugnam tantùm invitet, aggreditur tamen honorem & vitam sub disjunctione, & facit, ut alterutrum periclitetur.

645. Confirmatur 1. Nam apud omnes certum est, posse provocantem à provocato infamari per viam reconventionis vel quasi, si hoc sit medium ad tuendum honorem: v.g. posset provocatus licitè propalare vilem conditionem aut originem provocantis, addendo, se ideo nolle comparere, quòd provocans nec sanguine, nec aliis dotibus sit sibi par, quòd utatur artibus magicis, &c. atqui hoc non liceret, nisi provocans esset aggressor honoris & famæ: ergo provocans est verus aggressor honoris, saltem sub disjunctione, ut dixi.

646. Confirmatur 2. Ideo invasor est verus aggressor, quia licèt non determinatè cogat ad pugnam, cogit tamen ad hoc disjunctum: *vel pugnare, vel cum dedecore fugere:* atqui provocans eodem modo cogit vel ad pugnandum, vel ad non comparendum cum dedecore: ergo non minùs est aggressor.

647. Itaque tertiò alii respondent, concedendo sequelam & paritatem, docéntque in tali casu licitè acceptari duellum. Et quidem P. Layman *tomo. 1. lib. 3. tr. 3. c. 3.* asserit, si res eo loco sita esset, ut miles in exercitu, vir equestris in aula regia excidere deberet officio aut dignitate Ducis, vel Principis favore, si provocatus ad duellum non se sisteret provocanti, se non audere damnare eum, si se sisteret meræ defensionis gratiâ. Plures DD. pro eadem sententia refert P. Andreas Mendo *dissert. 1. q. 21.* Ego tamen cum communiore aliorum sententia,

648. Respondeo & Dico 1. Acceptationem oblati duelli non licere, si acceptatio Duelli sumatur in sensu proprio, nempe pro tacito pacto & conventione, quâ duellantes vicissim cedunt jure suo, & affectant tribuere invicem facultatem in vitam, si possit alter prævalere, intendens unusquisque alterum spoliare vitâ suâ, exigens ejusmodi intentionem reciprocam in altero. Ratio est, quia hæc sunt in præjudicium Dominii, quod Deus habet in vitam. Jam ulteriùs

649. DICO 2. In casu objectionis non esse ullo modo necessariam acceptationem duelli ad defensionem honoris & famæ apud alios, sed esse aliam viam salvandi honoris, quam obiter insinuavit Lessius *dub. 12. n. 83.* Laym. *c. 3. n. 3.* Amicus *d. 36. n. 79.* Dicastillo *d. 10. d. 6.* Mendoza, *n. 113.* Thom. Hurt. *to. 2. tr. ult. resol. 5. n. 183.* & ante hos omnes Navarrus *c. 15. n. 3. & 4.* nempe si provocatus, ad ostendendum, se non timere sibi à provocante, cum protestatione compareat in publico, animo se defendendi, si hostis aggredi velit. hæc enim non est propriè dicta acceptatio duelli, sed justa defensio honoris, sicut de defensione contra aggressorem diximus cum communi sententia.

650. Limitanda tamen est hæc doctrina, ut solùm procedat si provocatus habeat spem probabilem vincendi hostem. hac enim sublatâ non videtur esse licitum, prodigere vitam, quæ est altioris ordinis, ad tuendum honorem: imò absente tali spe, si constet de inæqualitate pugnantium, si v.g. provocatus sit senex, semicæcus, aut armorum tractandorum impotens, nulla

nulla erit jactura honoris nisi apud stultos, si non compareat, imò si compareat, vitæ suæ temerarius prostitutor habebitur.

651. P. Andreas Mendo adhuc rigidior est, & negat licere comparere tali modo, si se exponat probabili periculo succumbendi, quod quia in talibus congressibus semper adest, ideo negat posse talem comparere. Ratio ipsius est, quia bona superioris ordinis non licet exponere periculo propter bona inferioris ordinis. Verùm hæc ratio nimium probat. Imprimis probat non licere se defendere contra aggressorem, si fuga esset ignominiosa, quod est contra communem doctrinam. Deinde nemo reprehendit illos (qui sanè sunt plurimi) qui ad consequendos honores publicos, imò & bona fortunæ, exponunt se probabili periculo vitæ, aggrediendo itinera periculosa &c. Denique qui propter bona fortunæ assumunt officia infamia. Ratio à priori esse videtur; quia nemo tenetur vitam suam tueri mediis extraordinariis: atqui esset medium extraordinarium, si deberem vitam tueri per jacturam honoris, ut fieret, si esset vera sententia P. Mendo. Ergo, &c.

652. Casus in quibus licet acceptare duellum acceptatione impropriè dictâ, & quæ habeat rationem puram defensionis, absque pacto superiùs explicato, recensentur à Molina, & Lugone sequentes. 1. Si invasor injustus velit te occidere, nisi duellum acceptes. 2. Si injustè esses accusatus & damnatus, vel damnandus ad mortem: quo casu oblato tibi duello cum iniquo accusatore, & consensu judicis, licèt illi peccent duellum offerendo, tu licitè illud acceptas, ut quâ possis viâ propriam vitam defendas. 3. Si in bello justo Rex videns se adversario inferiorem, neque aliter posse se defendere, commutet bellum in duellum, seu singulare certamen paucorum cum paucis, vel Principis cum Principe adversario. 4 In eodem bello possunt ex consensu Ducis milites acceptare duellum ab adversariis oblatum, imò & ipsis adversariis offerre, exemplo Davidis acceptantis duellum oblatum à Goliath. qui enim habent justam causam belli, possunt aggredi adversarios, etiam extra duellum: ergo etiam possunt aggredi per duelli acceptationem & oblationem, hæc enim non faciunt auctoritate privatâ sed publicâ.

653. Quoad acceptationem verò duelli propriè dictam, ea est intrinsecè mala, unde ab Ecclesia damnata & punita est, *cap. porrò. cap. Henricus de Clericis pugnant. in duel. cap. Monomachiam. 2. q. 5. in c. 1. & 2. de purgatione vulgari.* maximè verò in Trid. cit. c. 19. ubi Concilium vocat usum duellorum detestabilem, & fabricante diabolo introductum: infligit deinde excommunicationis censuram dominis locorum, qui in suis [illegible]tionibus duellum permittunt, & ipsis concertantibus, patrinis, auxiliatoribus, & spectatoribus. Post Tridentinum Gregorius XIII. motu proprio, qui incip. *ad tollendam* anno 1582. & Clemens VIII. in Bulla quæ incipit *Illius vices.* 1592. eandem pœnam extenderunt ad quælibet duella privata, & absolutionem à censura Sedi Apostolicæ reservârunt. Plura videri possunt apud Mendo. *l. c. n. 256.*

QUÆRITUR nunc 4. An pro defensione rei furto ablatæ liceat furem occidere, si aliter non possit à rapina repelli. ℞. Si furtum sit rei tanti valoris, ut illius damnum non teneret ex charitate subire pro salvanda alterius vita, tunc liceret occidere, ex illo generali principio, quòd liceat vim vi repellere: quod principium applicatur etiam ad vim illatam bonis temporalibus, in *C. dilecto. 6. de sentent. excommun. in 6.* ibi. *Cùm omnes leges omniáque Iura vim vi repellere, cunctisque sese defensare permittant, licuit utique ipsi Decano, si prædictus Ballinus eum bonis suis mundanis injuriosè spoliare, vel ea violenter occupare præsumpserit, contra ipsius violentiam, injuriámque se tueri, &c.*

Deberet autem occisio fieri in continenti, seu flagranti: nam ex intervallo, si fur jam cœpisset quietè possidere, non liceret; quia tunc non haberet rationem justæ defensionis; sed tunc sunt adhibenda Iuris remedia, & auctoritas publica, quia nemo debet esse Iudex in propria causa. De hoc dixi etiam aliquid suprà, agens de furto, ubi quid Iure Bavarico constitutum sit.

654. QUÆRITUR 5. An aliquando liceat alterum occidere ad defensionem honoris ab illo mihi debiti, & nunc violenter auferendi, nisi occidam, v. g. nititur aliquis viro magnæ auctoritatis alapam infligere, vel contumeliosè flagellare, neque alter potest contumeliam aliter impedire nisi vulnerando.

655. Respondetur, loquendo de sæcularibus laicis, affirmativè. Ratio est, quia majoris æstimationis est in homine sæculari laico honor ille retentus, seu impeditio tantæ ignominiæ, quàm bona fortunæ: atqui ob hæc licet: ergo & ob illam. Ratio ulterior est, quia jactura illius honoris est majus damnum, quàm talis teneatur subire ex charitate, aut alia virtute ad vitam alterius conservandam.

656. Dixi: *Loquendo de Laicis sæcularibus.* Scio, quòd Joannes Sanchez, Petrus Navarra, Sayrus, Caramuel, apud P. Mendo q. 2. doceant, posse Clericum, vel Religiosum occidere calumniatorem, minantem spargere gravia crimina de illo, aut de sua Religione, quando alius defensionis modus non suppetit. Contraria tamen sententia, eodem Auctore teste, est communis DD. cum glossa *in Clement. si furiosus. de homicidio. & cum glossa in cap. suscepimus. v. ligaverunt. eod. t.* & omnino tenenda, præsertim post Decretum Alexandri VII. oppositam expressè damnantis, & ob manifestam disparitatem horum, & sæcularium laicorum. Clerici enim & Religiosi

ex virtute Religionis tenentur etiam talis honoris jacturam subire pro salute proximi, si id necesse sit. Sanè si constaret, aliquem à Religioso aut Clerico occisum esse privatâ auctoritate, ideo, quòd aliquis illi alapam infligere, aut infamare voluerit, secluso periculo ulterioris damni, ut incarcerationis, torturæ, &c. Talis, inquam, non solùm non diceretur defendisse honorem suum, sed magnam illius jacturam faceret, sicut planè etiam faceret, si invasorem nollet fugere, cùm posset, in casu, quo sæcularis laicus non tenetur fugere honoris tuendi causâ, & sicut jacturam faceret, si eum à quo ignominiosè percussus est, repercuteret vindicando, sicut in hoc casu sæcularis honorem non amittit repercutiendo, quidquid sit, an illi liceat repercutere, de quo mox. Itaque

657. Contra Conclusionem objicies. Si possum meum honorem defendere prædicto modo, licebit etiam eum, qui me jam percussit, repercutere: frequenter enim repercussio est medium recuperandi honorem, maximè apud homines profanos, qui vilipendunt eum, qui non audet repercutere. Ad hanc objectionem, plures & graves DD. quos refert Mendo q. 3. respondent concedendo sequelam. Rectiùs tamen & communiùs alii negant sequelam. Nam, ut benè adverdit Card. de Lugo, tali repercussioni prout idoneæ ad recuperandum honorem, inest formalis ratio vindictæ, quæ nunquam potest licitè fieri privatâ auctoritate, ut fatentur omnes, propter inexplicabilia inconvenientia quæ sequerentur, si privata vindicta licita esset. Quòd autem ratio vindictæ formaliter insit repercussioni, probatur. quia in æstimatione hominum mundanorum in tantùm recuperatur aut defenditur honor repercutiendo, in quantùm hinc concipiunt & æstimant animositatem in vindicanda injuria: ergo supponitur formaliter committi vindicta. Hinc potest reddi ratio à priori. Quia repercussio non defendit honorem ne auferatur, aut denegetur: jam enim supponitur ablatus per antecedentem percussionem aggressoris, nec repercussio facit, ut alter suam inhonorationem emendet, & honorem ablatum restituat, sed solùm facit, ut alius honor & æstimatio animi vindicativi substituatur, & generetur de novo, qui in hominum æstimatione compensat honorem ablatum, resultátque ex æstimatione vindictæ apud mundanos homines, qui tamen honor & æstimatio ex intrinseca ratione non est licitè procurabilis.

658. Dices. 1. Ergo saltèm liceret repercutere ordinando talem repercussionem in hunc finem, ut prior percutiens vi compellatur retractare inhonorationem, & satisfactionem præstare. ℞. Negando sequelam, quia nunquam licet vi privatâ recuperare damnum ab altero jam plenè illatum.

659. Dices. 2. Ergo vana est persuasio, puellam ab alio impudicum osculum passam, licitè posse colaphum infligere, quæ tamen praxis laudatur & suadetur, etiam à Confessariis. ℞. Meritò laudari, quia attento communi hominum lascivorum stylo, non acquiescunt uni actui, sed qui semel ausus est invetecundus esse erga talem determinatam personam, nisi confundatur, despiciatur, reprehendatur, &, se ingratum amasium esse, clarè doceatur, putat statim, se amari, & sperat se non difficulter secundò admittendum: ergo talis percussio jam induit rationem justæ defensionis, ne scilicet redeat ad novam injuriam. Imò, ut advertit Lugo, potest habere rationem fraternæ correctionis: addo ego. Imò potest habere rationem eleemosynæ spiritualis, quatenus potest esse remedium contra tentationem; sic enim extinguetur, vel defervescet aliquantùm ardor libidinis, & amor impudicus.

660. QUÆRITUR 6. An in casibus, in quibus aliquis licitè occidit aggressorem, pro defensione vitæ, quando fugere non potest, teneatur occidere, eò quòd sit custos vitæ suæ, & teneatur eam defendere. ℞. Negativè, quia, ut jam sæpè dictum, nemo tenetur vitam defendere mediis extraordinariis, quale esset, occidere aggressorem jure defensionis, & quidem plerumque periculosæ, nisi qualitas personæ aliud exigeret, de quo videri potest Molina. disp. 14.

CONTROVERSIA V.

Qualis Restitutio facienda sit pro injuriis prædictis.

SUMMARIUM.

An Occisor, Mutilator, vulnerator, teneatur aliquid restituere præcisè pro damno vitæ, &c. 661.

Restitutio non fit nisi pro bonis comparabilibus. 663.

Damnum honoris potest aliquando reparari per bona fortunæ causaliter. 665.

Quæ Regulæ sint observandæ in æstimatione lucri cessantis, vel damni emergentis. 666.

Quænam sint illæ personæ erga quas nascitur obligatio restituendi damnum illatum per vulnerationem, &c. 667.

Quid circa Creditores dicendum sit. 671.

An obligatio restituendi transeat ad hæredes. 673.

An propter excessum moderaminis eadem sit obligatio restituendi. 674.

661. QUÆRITUR 1. An occisor, aut mutilator, aut vulnerator, teneatur aliquid restituere præcisè pro damno vitæ, membri, aut vulneris, seclusis pro nunc aliis damnis

nis annexis aut consequentibus in aliis bonorum generibus, de quibus postea dicetur. Quæstio autem procedit de obligatione restituendi ante sententiam Judicis, nam post sententiam tenetur utique solvere id, in quod à Iudice condemnatur ad lenimentum doloris, vel castigationem injuriantis. Sic legibus constitutum est, ut occisor ex delicto amittat jus succedēdi occiso. *L. cum ratio. §. fin. ff. de bonis damnatorum. L. indignum. de his quæ ut indignis auferuntur.* ibi. *Indignum esse Divus Pius illum decrevit, qui manifestissimè comprobatus est id egisse, ut per negligentiam & culpam suam mulier à qua hæres institutus erat, moreretur.*

661. Ad Quæstionem respondetur negativè. Probant responsionem aliqui, quia bonum corporis (idem est de honore) est altioris ordinis, quàm bona fortunæ: ergo non possunt, quantacunque summâ compensari, quia nunquam accedit valor & pretium pecuniæ, ad valorem unius digiti. Hæc tamen probatio, nisi aliter proponatur, non urget. Si enim minimus honor est pretiosior, & majoris valoris, quàm quæcunque summa pecuniaria: ergo minima inhonoratio est gravior damnificatio, quàm ablatio mille florenorum: sed hæc est damnificatio gravis: ergo omnis inhonoratio etiam minima esset damnificatio gravis: ergo nulla inhonoratio posset esse venialis ex parvitate materiæ, quod omnino falsum est.

663. Aliter ergo probatur responsio. Restitutio non fit nisi pro bonis comparabilibus, quando res ipsa ablata restitui non potest. tunc enim, si res ablata talis fuerit, ut pretio comparari possit, datur obligatio restituendi: atqui vita aut membrum non possunt ullo pretio comparari postquam amissa sunt: ergo non potest pro illis fieri restitutio.

Neque refert, quòd læsus fortè pluris faceret centum aureos, quàm unum digitum. Nam Iustitia non intendit æqualitatem pro damno secundùm læsi æstimationem, sed ut habeat illud, quod est ablatum, vel in se, vel in æquivalenti, hoc est, in pretio quo id possit comparare: ergo si non est comparabile, non potest restitui nec in se nec in æquivalenti: ad impossibile autem non datur obligatio.

664. Confirmatur. Restitutio ad quam obligat Iustitia, est formalis ablatio illius mali, seu damni, quod est causativum tristitiæ & doloris, ut superiùs explicatum est: atqui per diversi generis bona non potest auferri formaliter damnum in corpore datum, ut non sit ampliùs causativum talis tristitiæ & doloris, v. g. si mihi oculum eruisti, etiamsi des mille florenos, semper tamen manet mihi ratio dolendi propter amissum oculum, quæ non maneret si oculus miraculosè restitueretur: ergo non fieret propriè dicta restitutio.

665. Verum equidem est, id quod acutè notavit P. Esparza, per mille florenos oblatos pro oculo, posse quidem animum averti, ut propter gaudium de mille florenis non doleat de amisso oculo, radix tamen dolendi non aufertur.

Hinc autem infero, damnum honoris posse aliquando reparari per bona fortunæ, non quidem formaliter, sed causaliter, & ideo ad hujusmodi restitutionem dari obligationem, si aliter non potest honor reparari, v. g. Princeps curavit aliquem nobilem fustigari injustè: tunc si aliter non potest aut non vult restituere honorem, tenetur illi donare aliquam toparchiam, ratione cujus denuo recuperet statum & sessionem inter nobiles, quâ fortassis exciderat illâ fustigatione.

666. QUÆRITUR 2. Quæ Regulæ sint observandæ in æstimatione lucri cessantis, vel damni emergentis. ℞. 1. Lucra nondum posita, sed solùm in spe existentia, minùs valent secundùm impedimenta, quæ possunt intervenire. ℞. 2. Si læsus v.g. mutilatus, potest adhuc aliis modis lucrari, quibus non fuisset lucraturus, si non fuisset mutilatus, ratione hujus tantò minus restituendum est, quantò minùs damnificatur in lucro cessante: v.g. Sutor dum exercet opificium, non potest negotiationi vacare: nunc verò truncatâ manu factus inidoneus ad opificium, potest, nisi velit negligens & otiosus esse, negotiari, & mercatorem in rebus minoribus agere: tunc ex æquo, & bono æstimandum est, quantò plus potuisset lucrari ex sutoria, & hoc restituendum est. ℞. 3. Ad majorem securitatem optimum remedium est, uti pacificâ transactione cum læso, vel cum illis, quorum interest non fuisse læsum, restituendo scilicet nunc simul & semel, vel per vices, prout pacisci libuerit, quanti prudentis arbitrio hîc, & nunc vendibilis esset spes illa lucri cessantis. ℞. 4. In æstimanda diuturnitate vitæ occisi, quamdiu scilicet adhuc prodesse potuisset aliis sibi cōjunctis, ut, liberis, uxori, &c. aliqui existimârunt posse adhiberi computum ætatis, quem instituit Iure Consultus in *L. hæreditatum. 68. ff. ad Leg. Falcid.* (In Corpore glossato initium legis ponitur: computationi.) In hac lege futura vita ab Ulpiano sic æstimatur. Si persona est intra vigesimum annum, censetur adhuc victura 30. annos: cujuscunque anni sit, sive tantùm quinque, sive quindecim, sive viginti, & ideo si alicui tali alimenta relicta sunt, quantitas alimentorum triginta annorum computabitur, ejusque quantitatis Falcidia præstabitur: si verò quis sit intra vigesimum, & vigesimum quintum annum, censebitur adhuc victurus viginti octo annos. Si intra viginti quinque & triginta, adhuc viginti quinque. si intra triginta, & triginta quinque, adhuc viginti duos. si intra 35. & 40. adhuc viginti. Si intra 40. & 50. tot annorum computatio fiet, quot ætati ejus ad annum 60. deerit, remisso

uno anno. Si intra 50. & 55. annorum 9. si intra 55. & 60. annorum. 7. si ultra 60. cujuscunque ætatis sit, annorum 5. Ità statuitur & computantur anni pro præstatione alimentorum, & detractione Falcidiæ. In qua computatione clarum est, aliquos pares fieri, qui ætate valde impares sunt, ut qui est quinque, & qui 20. annorum. In conscientia erit securissima Regula, si dicamus, unumquemque teneri ad id, quod ipsemet in simili casu, attentis omnibus circumstantiis existimaret sibi solvendum esse, ut indemnis esse posset: neque enim potest in genere, & quasi in abstracto res aliter determinari.

667. QUÆRITUR 3. Quænam sint illæ personæ, erga quas nascitur obligatio restituendi damnum illatum per occisionem vel mutilationem. est autem potissima difficultas quoad personas conjunctas occiso, quæ ab occiso liberalitatem aliquam sperare poterant, & quæritur, an illis omnibus pro valore spei sit restituendum.

668. Prima Sententia universaliter affirmat. Quæ tamen sententia est contra praxin & sensum communem. Ex ea enim sequitur, quòd deberent compensari convivia, quæ occisus solebat aliis exhibere, item eleemosynæ, quas solebat facere: item si occisus fuisset vir potens apud alios in impetrandis favoribus pro aliis, omnibus satis faciendum esset juxta spem quam habebant impetrandi hujusmodi favores per occisum. denique si quis occideret Causidicum, esset satisfaciendum omnibus, qui sperâssent per ipsum se causam lucraturos fuisse, quam per alium minùs doctum perdiderunt, & sic de sexcentis aliis, quæ omnia essent inobservabilia.

669. Secunda ergo & communior ac mitissima, nec non in praxi observata sententia est, parentibus (si quidem hi erant ab occiso alendi, aut hæredes scribendi) filiis, & uxori restituendum esse juxta æstimationem superiùs jam indicatam, omnibus pensatis. Ratio redditur communiter, quam etiam amplectitur Lugo & Dicastillo, quia hæ personæ ità sunt arctè connexæ cum occiso, ut quodammodo unum quid cum ipso esse censeantur, non item aliæ personæ, quæ tantùm remotè & per accidens conjunguntur.

670. Cæterùm, nisi explicetur illa particula: *Quodammodo*, quis illius sensus sit, intellectus non quiescit. Videndum ergo restat, in quonam consistat illa *quodammodo* unitas inter prædictas personas, ità ut se non extendat ad fratres, sorores, aut alios consanguineos. Mihi quidem aliud non occurrit, quàm quòd natura ipsa inter has personas instituerit specialem propensionem benefaciendi, qualem erga alias non habemus communiter, ne quidem erga fratres. Cum uxore quidem homo fit una caro, ità ut homo relinquat parentes, & adhæreat uxori. Cum filiis & parentibus tanta est naturalis amoris vis, ut propterea debuerit natura inter illas personas matrimonium irritare. Hunc autem naturalem affectum benefaciendi nemo prudens ignorat, sed de omnibus præsumitur; nisi contrarium constet: de aliis non item, cùm æquè multi, imò plures sint, qui aliis consanguineis non benefaciant ex propriis bonis specialiter, atque sunt, qui benefaciant. Itaque etiam occidens præsumitur saltèm implicitè, & virtualiter de hujusmodi personis conjunctis cogitâsse, & in earum damnificationem consensisse, ut tradit Lugo n. 90.

671. Circa Creditores, si quos habuit occisus, est etiam dissensio inter DD. nobis respondendum est conformiter ad principia superiùs posita. Si enim occisor præcognovit, aut facilè præcognoscere potuit, existere debita talia ac tanta, quibus non possit satisfieri ex bonis à defuncto relictis, potuissent verò solvi & probabiliter soluta fuissent successu temporis industriâ occisi, tunc occisor est omnino obligatus solvere illa debita secundùm æstimationem spei: quia occisus habuit obligationem & intentionem solvendi, & quidem, ut benè notavit Arnoldus Rath *th.* 80. *de damno injuriâ dato*, strictiorem obligationem habuit debita solvendi, quàm alendi liberos, quia alimenta non debentur, nisi detracto ære alieno: quod tamen cum grano salis intelligendum est, juxta superiùs dicta de causis excusantibus à Restitutione.

672. Si verò occisor invincibiliter non cognovit adesse hujusmodi debita, tunc probabile est, quod docet Lessius & Lugo, occisorem non teneri, quia non debebat suspicari, hujusmodi debita adesse, eò quòd debita communiter solvi possint ex bonis relictis, vel certè debitor ipse nunquam evasisset solvendo. in quo cum Molina etiam consentit citatus ICtus.

673. QUÆRITUR 4. An obligatio restituendi transeat ad hæredes. ℞. Affirmativè, & quidem, etiamsi homicida pœnâ capitali affectus esset: nisi ex circumstantiis colligi posset, personas læsas hanc obligationem remittere, prout divites communiter remittere solent, pœnâ capitis contenti. Quòd autem leges aliquæ civiles requirunt, ut priùs fuerit lis contestata cum occisore, servit solùm ad forum externum, non autem excusat in conscientia, ut jam etiam superiùs dictum & probatum est.

674. QUÆRITUR 5. An maneat tota obligatio restituendi in conscientia, etiamsi occisor fuerit priùs ab occiso injustè invasus, indéque ansam acceperit se defendendi, sed excessit moderamen justæ tutelæ. Respondet Molina, quòd sicut ob extenuationem delicti Iudex minueret obligationem restituendi in pœnam injuriæ priùs acceptæ, ità posset læsor in conscientia partem restitutionis defalcare.

Hanc

Hanc doctrinam rejicit Lugo n. 54. dupliciter, primò quia pœna non debetur ante sententiam: ergo non potest occisor propriâ auctoritate eam priùs infligere. 2. Quia cùm hæc pœna nondum sit à jure statuta, non potest post mortem invasoris infligi, non enim infligeretur ipsi, utpote jam mortuo, sed innocentibus damnum passis, & qui ad integram restitutionem jam jus acquisiverunt.

CONTROVERSIA VI.

Expediuntur dubia quædam ad forum externum spectantia.

SUMMARIUM.

Quandonam bona eorum, qui se ipsos occidunt, confiscentur. 675.
An mandans hominem vulnerari, non occidi, si occidatur, teneatur pœnâ ordinariâ. 676.
An justum sit Statutum, quo pœna pecuniaria pro homicidio voluntario constituitur. 677.
Quomodo differant homicidium simplex, ex proposito, ex insidiis. 678.
An pari pœnâ puniendus sit occissor errans in persona. 679.
Quid prosit vulneratori Exceptio *vulnus non fuisse adæquatam causam mortis.* 680.
Si non possit ex circumstantiis colligi, an homicidium fuerit dolosum aut casuale, quale præsumatur. 681.
An per Judicis sententiam mutilatus præcisè ob mutilationem aliquid consequi possit. 682.
Si pluribus rixantibus homicidium committatur, sed ignoretur auctor, an omnes rixantes pœnâ ordinariâ sint puniendi. 683.

675. QUÆRITUR 1. Quandonam bona eorum, qui seipsos occidunt, confiscentur. ℞. Si quis ob vitæ tædium se occidit, bona non confiscantur, sed ad hæredes pertinent. *l. fin.* §. 4. *de bonis eorum qui ante sent:* ibi. *Si quis autem tædio vitæ, vel impatientiâ doloris alicujus, vel alio modo* (quàm sceleris conscientiâ) *vitam finierit, successorem habere Divus Antoninus rescripsit.* ℞. 2. Si se occidit ad effugiendam pœnam publicam ob delictum in quo deprehensus, vel de quo lite contestatâ accusatus est, delictúmque tale sit, ob quod bona confiscarentur, habetur reus pro confesso (quod etiam procedit, si solùm attentâsset necem, sed impeditus esset) & bona confiscantur, nisi hæredes contrarium probent. *eod. tit. & lege.* cujus tamen rigor deinde temperatus videtur per authenticam: *Bona damnatorum. C. de Bonis proscriptorum.* ut tunc solùm procedat confiscatio, quando occisus caret ascendentibus, descendentibus, & collateralibus usque ad tertium gradum inclusivè: verba sunt aperta. *Bona damnatorum seu proscriptorum non fiunt lucro judicibus aut officiis: neque secundùm veteres leges fisco applicantur, sed ascendentibus & descendentibus, & ex latere usque ad tertium gradum, si supersint.* Et ità sentiunt Baldus, Cynus & alii, quos sequitur Julius Clarus. Verùm Franciscus Aretinus, quem citat & sequitur Fachinæus *lib. 1. c. 35.* contrarium docuit; eò quòd in nullo exemplari illa verba habeantur in Novella ex qua sumpta est authentica. Sed de hoc litigent alii. certum est in hoc puncto observandam esse consuetudinem, quidquid sit de textu, an sit vel non sit corruptus.

676. QUÆRITUR 2. An Mandans hominem vulnerari, protestando ne occidat, pœnâ homicidii ordinariâ *leg. Corn. de sic.* teneatur, si mandatarius occidit. Affirmant aliqui, quos citat & sequitur Menochius *de arbit. Jud. casu* 352. Alii tamen veriùs & æquitati conformiùs negant. Ità plures quos sequitur Decius & Fachinæus. c. 36. Ratio jam superiùs exhibita est. quia ad incurrendam pœnam leg. Corn. non sufficit culpa, sed requiritur dolus, hoc est animus occidendi. & hunc animum illæ leges non excludunt, quæ dicunt, nihil interesse, an quis occiderit, vel mortis causam præbuerit. Neque refert, quòd talis irregularitatem incurrat, ad hanc enim culpa sine dolo sufficit. *c. tuanos. & cap. sicut. de Homicid.* Nec etiam obstat lex *si quis aliquid.* §. *qui abortionis. ff. de pœnis.* ubi. *Qui abortionis aut amatorium poculum dant, etsi dolo non faciant, tamen quia mali exempli res est, humiliores in metallum damnantur, honestiores in Insulam amissâ parte bonorum relegantur. Quodsi NB. eò mulier aut homo perierit, summo supplicio afficiuntur.* Respondetur enim, hoc speciale esse illius criminis, & ideo non extendendum.

677. QUÆRITUR 3. An justum sit statutum, quo pœna tantùm pecuniaria pro homicidio voluntario sit statuta. Sciendum est, lege Corneliâ de Sicariis pœnam capitis statui in homicidas, nisi in gradu nobiliore essent constituti, occisus verò longè inferior esset. Quam pœnam non solùm incurrunt, qui propriâ manu occidunt, sed etiam qui id alteri mandant, ad hoc mercede conducunt, consulunt seu suadent aliàs non occisuro, quique ad patrandam cœdem auxilium ferunt. qui falsum testimonium dicunt, unde quis capite damnatur. Ad Quæsitum ergo respondent Mol. Covarruvias, Julius Clarus & alii communiter, tale statutum per se loquendo, & universaliter latum, planè esse iniquum. Ratio est, quia tametsi ex circumstantiis fieri posset, ut talis pœna aliquando sufficeret, v. g. si quis nobilissimus & Reipublicæ utilissimus vilem interficeret, nec periculum esset, fore, ut tale quid sæpius attentaret: universim tamen perniciosum esset, pœnâ pecuniariâ posse destinatum homicidium redimi: debet enim pœna proportionata esse delicto, hoc est, quæ suffi-

sufficienter possit abstertere à frequentia delicti, qualis utique non est pœna pecuniaria: alioquin Deus in veteri testamento non tulisset pœnam mortis Gen. 9. *Quicunque humanum sanguinem effuderit, effundetur sanguis illius.* Lev. 24. *Qui percusserit & occiderit hominem, morte moriatur.*

678. QUÆRITUR 4. Quomodo differant tam secundùm se, quàm quoad pœnæ effectum, Homicidium voluntarium simplex (quod Juristæ vocant dolosum) homicidium ex proposito, & homicidium ex insidiis. ℞. 1. Dolosum simplex differt ab homicidio ex proposito, & ex insidiis, seu proditoriè facto, tanquam minùs grave à graviore: nam ex proposito superaddit alteri hoc, quòd præcesserit ex intervallo animus occidendi, antequam rixa ulla orta esset, vel postquam jam cessavit, & ira deferbuit. Ex insidiis verò fit homicidium, quando alterum securum, & nihil tale suspicantem aliquis occidit. Jure communi solus homicida simplex gaudet immunitate Ecclesiasticâ. *C. 1. de homicidio.* quod est desumptum ex Exodi 21. *Si quis per industriam* (hoc est ex proposito) *occiderit proximum suum, vel per insidias, ab altari meo evelles eum, ut moriatur.* Sed de hoc videnda est Constitutio Gregorii XIV. & dicemus ex professo in proprio loco. *Tom. 5. de Iudiciis.* Pœna civilis augetur arbitrio Iudicis, jure communi. In Bavaria circa homicidium observatur Constitutio Carolina, ubi a. 137. statuitur, homicidium ex proposito, & insidiis, rotâ plectendum, & si accedant aliæ circumstantiæ aggravantes, v.g. quòd subditi suum Dominum, Maritus uxorem, &c. occiderit, possunt etiam addi aliæ pœnæ pro arbitrio Iudicis, v.g. candenti forcipe brachia aduri, equo alligatum trahi, &c. Verùm hæc ad Ius publicum spectant, & frequenter hæ pœnæ clementiâ Principum mitigantur prudentissimè, intuitu salutis animarum.

679. QUÆRITUR 5. An pari pœnâ ut homicida puniendus sit, qui occidit Paulum putans esse Petrum, non occisurus si sciret esse Paulum. Non est autem quæstio de casu non infrequenti, quo quis v. g. volens dirigere ictum in Petrum, quem benè distinguit à Paulo, Paulus se præter intentionem ingereret, & objiceret ictui, interponendo se rixæ: tunc enim occisor non intendisset directè ullo modo, ne quidem sub ratione confusa necem Pauli, sed solam necem Petri, quem ut ponimus, benè distinxit à Paulo. quæstio ergo est, quando directè tendit in hunc determinatum hominem, putans esse alium, suum inimicum, &c. In quo puncto non defuerunt, qui dicerent, talem pœnâ ordinariâ non teneri. Ità Angelus, Jason, & alii, quos refert, & sequitur Tiraquellus *de Pœnis leg. temperand. c. 14. n. 4.* & Menochius *de arb. casu. 324. n. 11.* Sed longè communior affirmat, in qua conveniunt Bartolus, & Baldus. Probatur ex *l. eum qui §. si injuria. ff. de injuriis.* ibi. *Si injuria mihi fiat ab eo, cui sim ignotus, aut si quis putat me Lucium Titium esse, cum sim Cajus Seius, prævalet quod principale est, injuriam eum mihi facere velle. Nam certus sum ego, licèt ille me putet alium esse quàm sim.* in qua lege exprimitur ratio responsionis. Nam homicidium in affectu, & effectu fuit illi voluntarium, & directè intentum respectu hujus hominis individui qui occurrebat, esto erraverit circa ejus determinatam individuationem. Probatur ulteriùs argumento Farinaci. Is qui cum telo ambulavit hominis occidendi gratiâ, licèt non occiderit, pœnâ legis Corneliæ tenetur. *L. is qui cum telo. C. ad Leg. Corn. de Sicar.* ergo multò magis eâdem pœnâ tenetur, qui cum telo ambulaverit hominis occidendi gratiâ, & simul etiam hominem occiderit, licèt non eum quem occidere volebat. Neque obstat *lex si cum servo meo ff. de Injuriis.* ibi. *Si cum servo meo pugnum dare vellem, in proximo astantem invitus percusserim, injuriarum non teneor.* de hoc enim casu statim ab initio dictum est, & discimen assignatum.

680. QUÆRITUR 6. Quid prosit vulneratori Exceptio, quâ multi se ab homicidio liberare contendunt, nempe vulnus non fuisse adæquatam causam mortis, sed eam provenisse ex morbo superveniente; ex intemperantia vulnerati; ex inscitia chirurgi, vel ex eo quòd chirurgus idoneus non fuerit vocatus in tempore, &c. ℞. 1. Si vulnus fuit reverâ lethale, & animo occidendi inflictum (ut in hac materia præsumitur, nisi contrarium probetur) nihil prodest illa exceptio, ut constat ex variis legibus ff. ad l. Aquil. & ex ipsa ratione: nam, ut supponitur, cætera supervenientia tantùm accelerant mortem, non causant substantiam mortis. ℞. 2. Si certum est, vulnus non fuisse lethale, sed ex alio accidenti mortem provenire, v. g. ex febri superveniente, cujus tamen illa vulneratio per accidens causa fuit, tunc, quamvis vulnerator teneatur restituere omnia damna, non solùm ex vulneratione secundùm se, sed etiam ex morte consecuta, non tamen est puniendus pœnâ ordinariâ homicidii dolosi: quia homicidium esto præsumatur fuisse intentatum, quatenus tamen vulnus secundùm se non sufficeisset, censetur respectu vulnerantis esse casuale. Ità Molina, Gomez, Iul. Clarus, alii. ℞. 3. Si vulnus secundùm se consideratum dubium sit, an sit lethale, tunc ex eventu, consideratis circumstantiis colligendum est, quale fuerit, & si quidem nihil deprehenditur, ex quo superveniente mors causari potuerit, vulneri adscribenda est, & homicida ut talis puniendus: si quid autem deprehendatur, ex quo superveniente mors causari poterat, probabiliter alioquin non obventura, non est ut homicida puniendus. Quæ omnia prudentis Iudicis arbitrio, adhibito Medicorum, Chirurgorúmque consilio relinquuntur.

681. QUÆ-

681. QUÆRITUR 7. Si nec ex facto, nec ex circumstantiis colligi potest, an homicidium fuerit dolosum, hoc est voluntarium, vel potiùs casuale, qualenam esse præsumatur. ℞. Præsumi præsumptione Iuris (sed non de Iure, cùm admittat probationem oppositi) homicidium dolosum. *L. 1. C. ad legem. Cornel. de Sicariis.* ibi. *Si probaverit, non occidendi animo hominem à se percussum esse, remissâ homicidii pœnâ, &c.*

682. QUÆRITUR 8. Cùm supra diximus, pro mutilatione secundùm se formaliter sumptâ, nullam esse faciendam restitutionem pecuniæ, quæritur, inquam, an nec per Iudicis sententiam mutilatus aliquid consequi possit. ℞. Abrogatâ lege duodecim tabularum, quæ pœnam talionis statuerat, conceditur læso, ut eligat vel civilem, vel criminalem actionem injuriarum: si eligat agere civiliter, tunc potest injuriam æstimare, & Iudex æstimationem temperare, ut jam suprà dictum est, cùm ageremus de actione injuriarum: si verò eligat agere criminaliter, tunc aget ad hoc, ut arbitrio Iudicis aliqua corporalis pœna reo infligatur pro qualitate & quantitate delicti.

683. QUÆRITUR 9. Si pluribus rixantibus homicidium committatur, sed ignoretur, à quonam id commissum sit, an omnes rixantes pœnâ ordinariâ homicidii sint puniendi. Ad hanc quæstionem respondet Julius, Clarus §. *Homicidium, à n. 37.* ex communiore sententia distinguendo tres casus. Primus, quando homicidium est deliberatum, & ex proposito. Secundus, quando non apparet liquidò, homicidium fuisse animo deliberato patratum, sed adsunt aliquæ suspiciones. Tertius, quando certò apparet homicidium ipsum ex improviso, & in rixa commissum.

684. In primo casu, omnes qui homicidio intervenerunt, tenentur pœnâ ordinariâ. Ratio est, quia omnes ad minimum præstiterunt auxilium occidenti: atqui præstantes auxilium debent puniri pœnâ ordinariâ, ut suprà dictum.

In secundo casu, stante dictâ incertitudine omnes sunt torquendi super qualitate animi deliberati. Quodsi nihil fateantur, debent omnes de ipso tanquam simplici homicidio in pœnam extraordinariam condemnari ratione incertitudinis.

In tertio casu, est iterum distinguendum: aut enim unicum vulnus est illatum, ex quo decessit, & nescitur à quo, tunc tantùm puniuntur pœnâ extraordinariâ arbitrio Iudicis. Aut plura sunt illata vulnera, & certi sunt vulneratores, & certa etiam vulnera à singulis illata, sed ignoratur, ex quo vulnere in specie mortuus sit. & tunc, aut omnia vulnera erant lethalia, & omnes tenentur de occiso: aut aliqua non lethalia, & tunc illi tantùm, qui intulerunt lethalia, tenentur de occiso, alii verò de vulneribus tantùm, sed tamen ultra pœnam ordinariam vulnerum, propter auxilium, pœnâ pecuniariâ Iudicis arbitrio. Aut verò sunt certi vulneratores, sed ignoratur, quæ vulnera à singulis eorum illata fuerint: & tunc, aut omnia vulnera erant lethalia, & omnes tenentur de occiso: aut non omnia lethalia, & tunc omnes sunt extra ordinem puniendi. Hæc est resolutio Clari, in qua doctrinæ veritatem, aut cohærentiam examinare non est mei instituti in hac materia: satis erat, studioso lectori indicâsse opinionem aliorum. Cæterùm exstat circa quæstionem propositam Constitutio novissima criminalis Caroli. V. at. 148. in qua statuitur primò, sicut resolvit primum Casum Iulius Clarus. Statuitur. 2. Si ex improviso rixa est orta, si occisor scitur, pœnâ gladii puniendus est. Statuitur. 3. Si pluribus vulneribus affectus sit, sed non possit resciri, quâ singulari manu, & vulnere mortuus sit, tunc illi qui prædicto modo vulnerârunt, omnes ut homicidæ puniendi sunt pœnâ mortis. Statuitur. 4. circa reliquos, qui in tali homicidio improviso adjutores vel rixæ auctores fuerunt, sicut &, si de nullo constare possit, à quo vulneratus fuerit, Iudices consulere jubentur Iurisperitos, exponendo omnes circumstantias.

685. Hujus Carolinæ Constitutionis mentionem facit Gail! *vol. 2. obser.* 109. sicut & Hunnius in Treutlerum, *vol. 1. d. 18 th. 9.* Sed, meo judicio, non benè distinguunt inter homicidium factum animo destinato, & homicidium factum in rixa ex improviso orta: unde Carolinam, quæ inter illa distinguit, videntur malè allegare pro homicidio ex improviso, & contra illud resolvere quæstionem. Sed hujus rei examen aliis relinquo.

CONTROVERSIA VII.

Ad quam restitutionem teneatur stuprator, & quæ pœna stupri.

SUMMARIUM.

Ad quid teneatur stuprator Virginis, vi, metu, fraude, sine promissione: 686.

Stuprata præsumitur fuisse Virgo, & invita, nisi stuprator contrarium probet. 687.

Si stuprata vult nubere stupratori consentienti, ad aliud non tenetur. 688.

Aliàs tenetur ad augendam dotem. 689.

Stupratâ sponte remittente non tenetur parentibus. 690.

Sicut nec stupratæ, si æquè benè nubat. 691.

Patri competit actio injuriarum, etiamsi puella sponte consensit. eod.

Si puella consensit ex metu mali justè infligendi, ad nihil tenetur. 692.

Ad quid teneatur, si promisso matrimonio consensum obtinuit. 693.

Quidsi

Quidsi se virginem finxit, & sic induxit ad promittendum. 694.
Quidsi habeat votum castitatis aut Religionis. 695.
Quænam pœnæ sint constitutæ stupro. 697.

686. Resolutio dubiorũ, quæ hîc occurrunt,utcunq; facilis est ex generalibus principiis superiùs positis. quare breviùs expediri possunt.

QUÆRITUR 1. Ad quid teneatur stuprator Virginis, sive veræ, sive æstimatæ, si eam vi, metu injusto, vel fraude induxit, sine ulla promissione: vel si consensum spontaneum occultum publicavit (qui casus nuper contigit inter personas Illustres) vel si eam talibus modis sollicitavit (quamvis nullâ secutâ violatione) ut præviderit, aut facilè prævidere potuerit, inde apud alios infamiam incursuram, perinde acsi deflorata fuisset: v.g. si noctu per fenestras ascendit ipsâ invitâ. Pro Resolutione

687. Præmittendum est, eam quæ contendit, se ab altero stuprum passam esse, præsumi fuisse Virginem, & etiam præsumi fuisse invitam & injustè stupratam, quamdiu alter non probat contrarium. Deinde certum est, stuprum non esse injuriam, si illa sponte consentiat, quidquid sit, an ex Juris positi vi dispositione teneatur eam ducere stuprator aut dotare. Volenti enim non fit injuria. Censetur autem sponte consentire, si absit metus injustus, dolus & fraus, magna verecundiæ vis ob reverentiam stupratori sollicitanti debitam, aut ejusdem potentiam: etiamsi munera intervenerint & preces importunæ: hæc enim non tollunt illam libertatem quæ sufficeret in tali puella ad celebrandos alios contractus,donationem,&c. Nunc ergo ad Quæsitum -

688. Respondetur 1 Si violata vult nubere stupratori, & ipse eam vult ducere, non tenetur ad aliquid ampliùs ante Iudicis sententiam: imò tenetur Pater filiæ dotem constituere perinde acsi violata non fuisset: nam secuto matrimonio purgatur præcedens macula, & parens non patitur notabile damnum.

689. ℞. 2. Si stuprator nolit eam ducere, vel ipsa nolit ei nubere, tenetur ad augendam dotem, ut possit tam commodè nubere, acsi violata non fuisset, vel certè alio modo tam bonum matrimonium procurare. Ratio est, quia alioquin non servat illam indemnem, prout ex Iustitia servare debet à damno injustè dato.

690. ℞. 3. Si stuprata sponte obligationem remisit, non tenetur violator ad aliquid præstandum parentibus in conscientia ante sententiam Iudicis. Ratio est, quia filia non tenetur ex Iustitia parentibus debita nubere meliore modo quo posset: (seclusâ infamiâ) ergo potest liberare violatorem ab onere procurandi matrimonium melius.

691. ℞. 4. Si ante omnem transactionem filia æquè benè nubat acsi violata non esset, violator in conscientia ad nihil tenetur: quia in effectu nullum damnum intulit.

℞. 5. Patri puellæ competere adversus stupratorem actionem injuriarum, etiamsi puella sponte consensit, cui tamen non nisi post sententiam tenetur stuprator satisfacere. *L.* 1. §. *usque adeo. ff. de Injuriis.* ibi. *Usque adeo autem injuria quæ fit liberis nostris, nostrum pudorem pertingit, ut etiamsi volentem filium quis vendiderit, patri, suo quidem nomine competit injuriarum actio, filii verò nomine non competit, quia nulla injuria est, quæ in volentem fiat.* Molina & ex eo Lugo extendunt hoc etiam ad Tutorem, sed de Tutore nulla ibi fit mentio, & ex communi Iuristarum consensu actio Injuriarum non datur nisi personis conjunctis ibi recensitis, & recensuimus supra agentes de Actione Injuriarum.

692. ℞. 6. Si puella consensisset ex metu alicujus mali, quod stuprator sine injuria inferre potuisset, sed quasi in pretium stupri admissi non inflixit, ad nihil tenetur. v.g. deprehendit puellam in furto: illa ne prodeterur, consensit. Ratio est, quia talis metus non est injustè illatus: ergo sicut talis metus non invalidaret matrimonium, ità in præsenti casu non sufficeret ad inducendam obligationem satisfaciendi pro damno, quod altera volens passâ est.

℞. 7. Si deflorator non potest dare dotem competentem, tenetur eam ducere in uxorem, si ipsa velit, nisi inter personas tanta esset inæqualitas, ut nimis difficilis esset conjunctio matrimonialis v.g. si ipse esset valde nobilis, illa plebeja. Ratio est, quia ut suprà diximus, potest quandoque restitutio etiam pro debito ex delicto, tam difficilis esse, ut cesset obligatio. Teneretur tamen quantùm posset, procurare matrimonium bonum cum alio, quo compensaretur jactura.

693. QUÆRITUR 2. Ad quid teneatur deflorator, si promisso matrimonio consensum obtinuit. ℞. 1. Si nullum impedimentum vel alia causa supervenit, quæ sufficeret in conjugibus ad impetrandum divortium, neque etiam est talis conditio viri, ut fœmina facilè potuerit advertere, non promitti seriò matrimonium, tenetur eam ducere, etiamsi ficto animo promisisset: sicut in contractu quocunque oneroso tenetur quis in specie id præstare, ad quod se exteriùs obligavit, quia tenetur habere animum serium, & si eum non habet facit injuriam, & tenetur se gerere postea acsi habuisset. ℞. 2. Quodsi juramento adjecto fictè promisisset, an tunc obligaretur ducere non obstante disparitate conditionis,negat Lugo cum Sanchez,ex hoc fundamento, quia juramentum sicut & promissio, non inducit obligationem,nisi juxta intentionem promittentis vel jurantis. Ego tamen non video, quomodo Lugo possit hoc consequenter dicere ad ea quæ dixerat paulò ante n. 20. nempe quòd in contractu oneroso inducatur

ducatur obligatio præstandi in specie promissum, etiam animo ficto, quia tenebatur habere animum verum. hoc totum procedit in casu dubii. Qui enim juramento promittit matrimonium in eum finem, ut fæmina deponat suspicionem animi ficti propter disparitatem conditionis, tenetur habere animum verum: ergo non minùs tenebitur, quàm si animo vero promisisset absente omni disparitate conditionis. quare probabilius censeo, eum tunc obligari ducere, ut docet cum aliis P. Molina d. 106. n. 4.

694. ℞. 3. Si fæmina finxit se Virginem, & sic decepit inducendo ad promissionem, ad nihil tenetur, quia conditio sub qua promisit, non est purificata. Quodsi deflorator seipsum decepit, putans esse Virginem, an tunc obligetur ex promissione, pendet ex eo, an habuerit intentionem absolutam, vel conditionatam. quodsi fictam intentionem habuit, non tenetur ducere, quia non tenebatur habere intentionem absolutam ducendi, quando Virginitas venit in contractum, & non aderat. quia res minùs valebat, quàm apparebat valere. tenebitur tamen alio modo satisfacere pro copula dolo impetrata.

695. QUÆRITUR 3. Ad quid teneatur violator habens votum castitatis vel Religionis, & non potens aliter satisfacere pro injuria. ℞. Cum Card. de Lugo, talem, si votum simplex priùs emiserat antequam violaret, teneri petere dispensationem, & ut ipse ait, facilè impetrabit. Ratio est, quia hæc dispensatio, vel voti commutatio, est medium necessarium ad satisfaciendum pro injuria illata. Eandem doctrinam tradit Azor *l. 5. c. 5. §. Decimaquarta.* Deinde absolutè existimat Lugo, eum teneri ad ducendam, etiamsi fortè dispensationem non obtineat, aut non petat (quo casu non potest quidem petere debitum conjugale, si fecit votum castitatis, potest tamen & tenetur reddere.) Rationem à priori hanc reddit: quòd obligatio voti proveniat ex libera voluntate gratuita voventis, qui ipse lege suâ privatâ imponit sibi talem obligationem: atqui tali genere obligationis non potest quis præjudicare Iuri alieno, hoc enim potentius est. Hinc si voveas Religionem, & postmodum contingat, ut pater tuus graviter indigeat operâ tuâ, debes succurrere patri, quia non potes præjudicare Iuri paterno, quod habet independenter à te. Sic non potes per votum antecedens præjudicare Iuri, quod ex delicto (quale est in casu nostro) alius postea acquirit contra te, quia debita ex delicto sunt præferenda debitis gratuitis, ut suprà dictum est. Sic si quis voveret omnia sua dare pauperibus, & postmodum alterum graviter læderet, deberet ex suis bonis satisfacere potiùs læso, quàm dare illa pauperibus. Pari modo, si quis priùs uni gratuitò promisisset matrimonium, deinde alteri promisisset cum defloratione per promissionem obtenta, huic præ illa esset obligatus. Secùs esset, si priori promisisset contractu sponsalium oneroso: nam his debitis non præferri debita ex delicto suprà dictum est. Et hæc videntur probabiliùs dici, quamvis etiam probabilis sententia sit, quæ negat, talem teneri ad defloratam ducendam, etiamsi damnum aliter compensare non possit, ut docent Navarrus & alii apud Sanchez *Lib. 1. de Matr. d. 45. n. 2.*

696. Dices: qui habens votum religionis ingrediendæ, virginem sub promissione matrimonii defloraret, posset utrique debito satisfacere, nempe illam ducendo, sed ante consummationem ingrediendo religionem. Ergo ità illi agendum esset, & ità censet Basilius Pontius *lib. 6. c. 12. n. 9.* & Diana *to. 2. tr. 4. de Sacram. res.* 203. Sed hos benè rejicit Card. de Lugo. quia, per se loquendo, hoc modo non satisfieret pro injuria illata, quia talis violata esset postmodum æquè inepta, imò ineptior reddita ad consequendum tam bonum matrimonium, atque acquirere potuisset, si non fuisset violata. Eandem doctrinam tenet Azor *l. c. §. Quæres.* Apud quem plures quæstiunculas huc pertinentes videre licet, sed quæ omnes ex dictis facilè resolvuntur, & ideo prætermitto eas specialiter referre.

697. QUÆRITUR 3. Quænam in Iure sint pœnæ constitutæ stupro. Respondetur. De Iure communi: si stuprum factum est sine vi, ejus pœna in personis honestis est publicatio dimidiæ partis bonorum, in humilioribus coërcitio corporis cum relegatione. §. *item lex Iulia Inst. de pub. Iudic.* Si verò per vim, habet pœnam legis Iuliæ de vi publica. *L. 5. §. præterea ff. de vi publ.* Mortis pœnam obtinere tradit Faber, si crimen perfectum fuerit: imperfectum deportatione punitur. Pœna autem legis Iuliæ de vi publica est aquæ, & ignis interdictio. *L. qui dolo. §. ult. ff. eod.* in cujus locum deportatio successit. Denique ait Fachinæus *lib. 9. c. 101.* hodie pœnam esse arbitrariam. Qui corrumpit virginem necdum viripotentem, si sit persona honestior, in insulam relegatur, humilior in metallum damnatur. Sed Jo. Faber in dictum §. *item lex Iulia.* dicit, quòd de consuetudine tales suspenduntur. Zœsius etiam dicit, pœnam mortis de consuetudine videri propositam, nisi circumstantiæ eam minui faciant.

698. Iure Canonico seductam stuprans damnum reparare cogitur, vel ducendo, vel dotando: *c. 1. & 2. de adult. & stupro. c. 2.* sic habet. *Pervenit ad nos, quòd Felix quandam virginem stupro decepit: quod si verum est, quamvis esset de lege pœnâ plectendus, nos aliquatenus legis duritiem mollientes, hoc modo disponimus, ut aut quam stupravit, uxorem habeat, aut si renuendum putaverit, corporaliter castigatus excommunicatúsque in Monasterio in quo agat pœnitentiam, detrudatur, de quo nulla sit egrediendi sine præceptione licentia.* Unde graves

DD. existimant, Ius Civile esse à Iure Canonico correctum. sed hoc Farinacius vult solùm procedere, si contra stupratorem civiliter, non, si criminaliter agatur. Et Zœsius ait, hanc pœnam non esse in usu.

Iure Bavarico *L. P. O. lib. 5. tit. 9. a. 18.* statuitur. Si virgo per insidias, lenocinia, dona, promissiones, inebriationem, promissionem Matrimonii, stuprata sit, stuprator ad aliorum exemplum irremissibiliter, & ponderatis omnibus circumstantiis, conditione personæ violatæ, frequentiâ criminis, etiam pœnâ mortis puniatur. Si verò vi oppressa esset, aut potu amatorio inducta esset, secundùm Ius Bavaricum & commune pœnâ mortis puniatur servatis servandis. Quodsi quis stupraverit promisso Matrimonio, etiam consentiente viriatâ in Matrimonium puniatur secundùm conditionem, personæ, & fœminæ satisfiat eo modo, quo Iure communi statutum est.

CONTROVERSIA VIII.

De Restitutione ob Adulterium facienda.

SUMMARIUM.

AD quid teneatur adulter, vel adultera, susceptâ prole. 699.

Quanta probabilitas requiratur, quòd ipse sit pater. 700.

An Mater teneatur filio illegitimo manifestare delictum, si non possit aliter cavere damnum aliorum. 703. *& seqq.*

699. QUod præcedente controversiâ monui, hîc quoque locum habet, dubia in hoc puncto occurrentia ex generalibus hactenus traditis esse dissolvenda.

QUÆRITUR ergo 1. ad quam restitutionem teneatur adulter, vel adultera, si proles ex adulterio suscipiatur, & inde alter conjunx innocens, vel aliæ personæ damnum in bonis fortunæ patiantur, ut si proles adultera sit aliis cohæres, quia putatur esse proles legitima. ℞. 1. Alimenta post triennium esse præstanda à patre adultero, secundùm generalia. ℞. 2. Cætera damna esse solvenda partim ab adultero, partim ab adultera: quia ambo ad illa concurrunt, quatenus alienam prolem cum fraude supponunt alteri alendam ut suam, & causant reliqua damna in aliis personis, v. g. cohæredibus. Neque refert, quòd fortassis adulter non hortetur adulteram ad talem suppositionem: sufficit enim, quòd concurrat negativè, dum non ipse educat, & gubernat propriam prolem, sicut teneretur, prævideas ea damna secutura. Quomodo autem unus in defectum alterius teneatur, explicatum est suprà, cùm ageretur de cooperantibus ad damnificationem alterius.

700. QUÆRITUR 2. Quanta probabilitas sufficiat, & requiratur, ut adulter judicans prolem esse suam, obligetur ad prædicta. ℞. 1. Requiri moralem certitudinem, hoc est, debere esse summè probabile, & prudenter indubitabile, adeoque nullo modo probabile esse alienam. Ità communiter DD. nec videtu reipsâ dissentire P. Molina, licèt à Lugone in oppositum citetur. Ratio est, quia in favorem matrimonii præsumitur proles legitima, nisi manifestè oppositum constet, & hoc non tantùm in foro externo, sed etiam interno, quia filius est in possessione legitimitatis. ℞. 2. Si certum quidem est prolem esse ex adulterio conceptam, non constat tamen, quisnam ex duobus adulteris sit pater, tunc ad damna restituenda æqualiter tenentur, & in defectum unius alter tenetur in solidum: quia utérque injustè causam dedit illi incertudini, hoc est, ut incertum esset, quisnam esset auctor damni certi. Utrum autem ad alimenta præstanda teneantur, disputat prolixè admodum Card. de Lugo, & inclinat denique in sententiam negantem, eò quòd proles sit actor petendo ab illis alimenta, & quia de neutro determinatè potest probare, ipsum esse patrem, ideo utérque est absolvendus ab onere præbendi alimenta. Quare autem obligentur ad alia damna, & non ad alimenta, disparitatem ait esse, quia aliorum damnorum sunt causa, ut jam dixi, sed proli nullum damnum dederunt.

701. Ego tamen arbitror plus subtilitatis esse in toto discursu Card. de Lugo, quàm veritatis, & ideo sentio cum communi sententia, singulos debere ex parte concurrere ad alimenta; quia certũ est, esse eorum filium: ergo proles habet Ius petendi ab eis alimenta saltèm partialiter & disjunctim, & uno deficiente tenetur alter. Ità tenent, ut fatetur, & refert Lugo, Molina, Vasquez, Turrianus, Martinez, Villalobos, Azor, Salas, Castro Palao, Diana, nisi quòd ultimi tres negent, altero deficiente alium teneri in solidum. Ad fundamentum Lugonis respondetur, satis esse, quòd proles probet, alterutrum esse patrem, & quòd illi injustè sint causa, quòd non possit probare determinatè. Deinde falsum est, quòd proles nullum damnum patiatur: an non hoc satis damni est, quòd sit proles incerta, carens emolumentis, quæ debentur proli certæ etiam spuriæ? Idem dicerem cum proportione de eo, qui notoriè rem habuit cum concubina, esto probabile sit, quòd & alii habuerint, si proles nascatur secundùm tempus, quod respondet tempori copulæ; quidquid contradicat Sanchez ex Ant. Gomez *lib. 4. Consilior. c. 3. dub. 1. n. 3.* & mihi indubitatum est, quòd in foro externo tali proles adjudicaretur, nisi possit probare se patrem non esse, & ità me præsente judicatum

est

est semel iterumque in Academico Senatu, debuitque reus convenire cum matre in certam aliquam summam, quâ acceptâ Matri filius alendus fuit.

702. Confirmatur ex suprà dictis. Si non certò constat prolem esse adulterinam, licèt sit probabile, adulter ideo non tenetur ad alimenta, quia in favorem matrimonii, & prolis, præsumitur proles legitima: ergo si hæc præsumptio non esset, condemnaretur adulter saltèm pro ratione dubii: ergo cùm in casu nostro non sit locus huic præsumptioni, cùm certum sit prolem esse adulterinam, utérque pro ratione dubii tenetur præstare alimenta.

703. QUÆRITUR 3. An Mater teneatur filio illegitimo manifestare delictum, & illegitimitatem, quando aliter non potest cavere damnum aliis inde secuturum. ℞. Si manifestatio possit fieri taliter, ut filius illegitimus teneatur matri credere, vel certè putetur esse crediturus, neque ex manifestatione immineat damnum matri tantum, quantum juxta Regulas suprà traditas excusare potest à restitutione, tenebitur manifestare: quia alioquin suo silentio injustè influeret in illa damna. Sin verò filius nec teneatur credere, nec etiam putetur esse crediturus, tunc mater non tenetur manifestare: quia manifestatio nihil esset profutura: filius enim perget bonâ fide possidere conditionem filii legitimi. Et sic mater non tenetur nisi in quantum potest juxta leges communes restitutionis.

704. QUÆRITUR 4. Cum quanto suo damno teneatur mater manifestare illegitimitatem filii ad cavenda aliorum damna in bonis fortunæ. ℞. Hoc, ut dixi, esse resolvendum ex generalibus regulis. Nam quivis injustè lædens tenetur non solùm cum æquali suo damno, sed etiam cum notabiliter majore (non tamen cum longè majore) restituere, v.g. qui alterum injustè conjecit in periculum vitæ, tenetur cum periculo vitæ suæ eximere; non tamen, si læsit famam, aut honorem, &c. tenetur cum periculo vitæ restituere famam, aut honorem, aut pecuniam, ut communiter tradunt DD. quia bonum vitæ est incomparabiliter superiùs. Itaque cum periculo vitæ probabili, sive suæ, sive filii, non tenetur mater manifestare, nec etiam cum jactura famæ longè majore, quàm æstimetur damnum aliorum, secùs si jactura non esset tanta, quin homines communiter libenter illam subirent ad lucranda tanta bona fortunæ.

Denique facilior modus excusandi matrem ab obligatione restituendi, est, quando prudenter præsumi potest, maritum, vel filios malle, delictum uxoris & matris manere occultum (ob maculam, quæ ex manifestatione delicti etiam in tales personas redundat) & pati talia damna, quàm ex manifestatione & consequente restitutione incurrere talem maculam.

CONTROVERSIA IX.

Expediuntur alia quædam dubia circa adulteria.

SUMMARIUM.

705. QUÆRITUR 1. Quænam sit pœna in Jure constituta adulterii. ℞. 1. Juris Interpretes litigant, an lex Julia aliquando constituerit adulterio pœnam capitalem, & negant Faber, Harpprecht, alii, ducti variis legibus, quarum intentio supponit, adulterum non puniri morte. Alii rectiùs affirmant cum ipso Imperatore Iustiniano, in §. 4. Inst. de publ. Iudic. ibi. *Item lex Julia de adulteriis coercendis: quæ non solùm temeratores alienarum nuptiarum gladio punit, &c.* Leges verò quæ contrarium supponere videntur, plus non probant, quàm quòd progressu temporis nimiâ Imperatorum conniventiâ, pœna capitalis in desuetudinem abjerit. Verùm postea restituta est constitutione Divi Pii, eadémque viguit Constitutione Diocletiani & Maximiani, ut constat ex lege 18. *C. de Transact.* Denique à Iustiniano restituta est in lege 30. C. hoc tit. ut testatur ipse Novell. 134. c. 10. ibi. §. 1. *Sacrilegos autem nuptiarum gladio puniri oportet.* ℞. 2. Hodie Ord. Crim. Caroli V. indistinctè sancitur, pœnam adulterii debere esse capitalem, sive solutus cum alterius uxore, sive soluta cum alterius marito, (in quo corrigitur Ius antiquum) sive uxor cum marito alieno carnaliter se miscuerit. quâ ordinatione sustulit etiam Carolus V. discrimen inter fœminas & mares, quatenus Iustinianus fœminis remiserat pœnam capitalem, contentus, si virgis cæsa in monasterium detruderetur. *Auth. sed hodie. C. ad L. Jul. de adult.* quæ sic habet. *Sed hodie adultera verberata in monasterium mittatur, quam intra biennium viro recipere licet. Biennio transacto, vel viro, priusquam reduceret eam, mortuo, adultera tonsa monastico habitu suscepto, ibi dum vivit permaneat, duabus partibus propriæ substantiæ liberis, si habet, applicandis, tertiâ Monasterio. Sed si liberos non habet, parentibus exstantibus hujusmodi iniquitati non consentientibus tertia pars applicabitur, duæ monasterio: quibus prædictis non exstantibus, omnis ejus substantia monasterio quæritur, pactis dotalium instrumentorum in omni casu viro ser-*

ro servandis. ℞. 3. Iure Bavarico, loco sup. cit. plura statuuntur. 1. Si inter personas vulgares adulterium est simplex, primâ vice per mensem incarcerantur in pane & aqua vel æquivalenti levi victu: qui pinguioris fortunæ est, insuper 100. lib. n. hoc est, 113. fl. 26. Cr. qui tenuioris verò, dimidiâ parte plectitur, applicandâ piis causis, & manifestatori. Qui verò solvendo non erit, finito carcere per tres dies dominicos continuos cum candelâ (non tamen denudatis brachiis, & sine virgis) ante templi fores ill standum erit. Si adulterium sit duplex, nulla pœna pecuniaria recipienda est, sed post duram incarcerationem tribus diebus dominicis continuis ante templi fores cum ardente candelâ & denudatis brachiis, cum virga in manibus ferro inclusis, collocandi sunt. 2. Si secundâ vice deprehendantur, relegantur extra Bavariam in perpetuum, vel secundùm circumstantias diversas, aliis pœnis coërcentur. 3. Si tertiâ vice deprehendantur, Iudici in criminalibus traduntur pro diversitate circumstantiarum puniendi. 4. statuitur proportionaliter pœna tum carceris tum pecuniaria tum relegationis, tum infamiæ, pro personis non vulgaribus, ut sunt Nobiles, Consiliarii, Mercatores, & cives insigniores, pro diversitate circumstantiarum. 5. Circa sexum fæmineum ferè eædem pœnæ statuuntur, variatis tamen aliquibus, quæ omnia referre molestum esset, & præter intentionem meam. Singulariter conceditur Nobilibus, ut cum præscitu Principis aut Regiminis, possint suas uxores adulteras in suis ædibus, toparchiis, aut aliis honestis locis usque ad mortem includere. ℞. 4. Iure Canonico aufertur adultero jus exigendi debitum conjugale, & conceditur separatio thori ad instantiam innocentis, ut habetur tit. de Divort. Clericus est suspendendus ab officio c. 5. *in fine* de adult. ibi. *alioquin ab officio suo ipsum suspendere non postponas.* & in Monasterium detrudendus. *can. si quis Clericus. d.* 81. *Si quis Clericus adulterâsse aut confessus aut convictus fuerit, depositus ab officio, communione concessâ, in Monasterio toto vitæ suæ tempore detrudatur.*

706. QUÆRITUR 2. An marito adulterium committente, uxor lucretur contradotem, seu donationem propter nuptias (ut alii vocant) & econtra adulterante uxore maritus lucretur dotem. ℞. Si divortium fiat, affirmativè, per se loquendo: & hoc quidem utroque Iure constitutum est. imprimis in Novella 117. c. 8. ubi etiam statuitur, proprietatem dotis reservari liberis ex adultera exstantibus: si verò nulli exstent, proprietas dotis marito cedit, & insuper ex reliquis uxoris bonis, quantum est tertia pars dotis. Iure can. verò *c. plerúmque.* 4. *de adult.* ibi. *Si mulier ob causam fornicationis judicio Ecclesiæ, aut propriâ voluntate à viro recesserit, nec reconciliata postmodum sit eidem, dotem vel dotalitium repetere non valebit.*

707. Dixi. *per se loquendo.* nam aliqui casus excipiuntur, aut certè sunt dubii. Primus est, si utrinque peccatum est. paria enim delicta mutuâ compensatione tolluntur. *l. 39. ff. solute matrim. l. 10. ff. de compensationibus.* Hoc autem solùm verum est quoad pœnam civilem partibus adjudicandam, nam in criminalibus compensatio non habet locum, cùm agatur causa Reipublicæ. Dubitatur tamen, an, si maritus v. g. labatur primùm postquam jam dos ex præcedente adulteriò uxoris illi adjudicata est, commissio dotis resolvatur, competátque ejus repetitio uxori. Aliquibus ita visum est, & videri posset ob *c. ex litteris 5. de divortiis:* Verùm Thomas Sanchez *l. 10. d. 9.* Ant. Perez & Zæsius censent contrarium. nam actio semel extincta non reviviscit ex solo casu superveniente. *L. 98. §. 8. ff. de solutionib.* atqui actio repetendi dotem est extincta per sententiam. Ergo, &c. Neque obstat capitulum allegatum in contrarium, ubi plùs non dicitur, quàm quòd post celebratum divortium si alter fornicetur, compellatur reverti ad dimissam, quia adulteria compensantur. loquitur autem in casu quo separatio non est facta per sententiam, sed sponte, ut legenti patet, & interpretatur Innocentius.

708. Secundus casus exceptionis est, si uxor fuerit fornicata de consensu tacito vel expresso mariti: *arg. l. 26. C. ad L. Jul: de adult.* in qua lege (cujus intellectus alioquin obscurus, ex glossa accipiendus est) conceditur contra accusatorem de adulterio exceptio de lenocinio: unde consequens est, quòd accusator non sit obtenturus, nec proinde dotem lucraturus. cujus ratio est, quia particeps est turpitudinis: ergo iniquum est, ut ex dolo lucrum reportet.

Tertius casus. Si mulier per vim esset oppressa, non potest de adulterio accusari: *L. 20. tit. cit. Fœdissimam earum nequitiam, quæ pudorem suum alienis libidinibus prosternunt, non etiam earum quæ per vim stupro compressæ sunt, irreprehensâ voluntate leges ulciscuntur : quin etiam inviolatæ existimationis esse, nec nuptias earum aliis interdici meritò placuit.*

709. Quartus casus. Si post commissum adulterium sibi notum, alter conjunx debitum conjugale petat aut exsolvat, censetur injuriam condonâsse, adeo ut ne quidem post relapsum liceat ex præterito adulterio, sed solùm ex novo accusare & agere. Ità communis DD. apud Covarruviam. *de Matrim. p. 2. c. 7. §. 6. n. 11.*

710. Quintus casus. Si tempore legitimo contra accusationem fuerit à reo præscriptum. præscribitur autem, soluto matrimonio, spatio 6. mensium *l. 29. §. 5. ff. h. t.* ibi. *sex mensium hæc sit separatio, ut in nuptâ quidem ex die divortii sex menses computentur : & infrà : nec mulierem*

rem posse accusari, ut quòd dantur sex menses utiles. durante verò matrimonio seu cohabitatione, spatio quinquennii continui à die commissi criminis. *L. 5. C. h. tit. Adulter post quinquennium quàm commissum adulterium dicitur (quod continuum numeratur) accusari non potest, eásque præscriptiones legibus reo datas auferri non oportet.* Ex quibus verbis inferunt DD. quòd Iudex, tacente reo, possit & debeat exceptionem præscriptionis supplere, reúmque ab instituta accusatione absolvere.

711. Sextus casus. Si Maritus moriatur, non propterea hæredes dotem lucrantur, quia hæc actio, utpote criminalis, ad hæredes non transit.

712. Septimus. Si Maritus sibi ipsi jus dixit occidendo adulteram, dotem non lucratur. *L. 10. §. 1. ff. soluto matrim. Si vir uxorem occiderit, dotis actionem hæredibus uxoris dandam esse Proculus ait, & rectè: non enim æquum est, virum ob facinus suum dotem sperare lucrifacere, idémque & econtrario statuendum est.*

713. QUÆRITUR 3. Utrum honestæ sint illæ leges Civiles, quæ pronuntiant, posse impunè à marito occidi adulterum cum sua uxore in domo sua deprehensum, si sit persona vilis & infamis, ut habet lex *Marito 24. ff. h. tit.* [Marito quoque adulterum uxoris suæ occidere permittitur, sed non quemlibet ut patri: nam hac lege cavetur, ut liceat viro deprehensum domi suæ, non etiam soceri, in adulterio uxoris occidere eum, qui leno fuerit, quique artem ludicram antè fecerit in scenam, &c.] & lex *Grachus. C. eod.* infrà referenda; item posse à patre occidi adulterum cum sua filia nupta adhuc in sua patria potestate constituta, in sua vel generi domo deprehensum in adulterio, si tamen utrumque occidat, & quidem in continenti, ut habetur pluribus legibus eod. tit ff. Quodsi maritus aliquem honestiorem occideret, aut uxorem in flagitio deprehensam, facinus quidem puniretur, sed non ultimo supplicio, ob justum dolorem, quem non est facile temperare. *L. 38. §. 8. ff. eod.* ibi. *Ei qui uxorem suam in adulterio deprehensam occidisse se non negat, ultimum supplicium remitti potest, cum sit difficillimum, justum dolorem temperare: & quia plus fecerit, quàm quia vindicare se non debuerit, puniendus est, &c.* debet tamen, adultero occiso, uxorem statim dimittere, & in proximo triduo apud Iudicem competentem fateri, se adulterum occidisse domi suæ, ut tradit Cujacius hoc loco Codic: Iustinianus deinde potestatem Marito ampliavit in *authent. si quis. h. t. desumpta ex Novella 117. c. ult.* Nempe concessit potestatem occidendi adulterum suspectum, si ter ipsi denuntiaverit, ne cum uxore sua versaretur, & is spreverit denuntiationes, in loco ad suspicionem hujus turpitudinis apto, videlicet in domo adulteri vel uxoris, vel in popinis. quodsi in loco non suspecto cum uxore versantē repererit, convocatis tribus testibus tradet eum judici, qui nullâ aliâ causâ quæsitâ potest eum punire. Quodsi in loco sacro invenerit cum uxore colloquentem post tres denuntiationes, licet marito ambas personas defensori Ecclesiæ tradere ut serventur, donec Iudex cognoscat.

714. Ad Quæsitum ℞. Duplicem esse sententiam & viam modúmque leges illas defendendi. Prima eorum, qui dicunt, Legislatorem constituere maritum vel Patrem tanquam ministrum publicum, dando illi potestatem occidendi adulterum in illis circumstantiis, sicut datur aliquibus potestas occidendi assassinos, &c. & sic in conscientia excusatur talis homicida. Ità Iulius Clarus §. *Homicidium n. 50.* ubi videri posset in paucis lineis contradictoria asserere. Ex Theologis post plures Iuristas eam tenent Lessius, Sa, Fagundez.

715. Verùm hic excusandi modus non est verosimilis. primò. Quia punire pœnâ mortis Reum non servato Iuris ordine quando servari posset, hoc est, non audito reo, non examinatâ causâ, constituendo executorem illum qui deberet esse accusator in propria causa, qui exequatur irâ & odio præoccupatus, est intrinsecè malum; essétque gravissimus abusus publicæ potestatis: sed hoc fieret in priore sententia: ergo non est cogitandum, leges hoc velle. Secundò. Quandocunque sine gravi Reipublicæ incommodo potest consuli saluti animæ ipsius rei, non debet puniri tunc, quando moraliter certum est, reum esse æternùm damnandum, ut est in casu nostro. Tertiò. Quia si adulter esset Clericus, non haberent locum illæ leges, quia potestas Civilis non habet Iurisdictionem in Personam Ecclesiasticam.

716. Secunda ergo sententia est, eáq; communior Theologorum, quos sequitur ex Iuristis Antonius Perez, tale homicidium fieri non posse auctoritate publicâ, ob rationes jam exhibitas: esse tamen leges illas adhuc justas, quia plus non intendunt, quàm condonare homicidæ pœnas homicidii voluntarii & dolo comissi, hoc est lege Corn. constitutas. Utrum autem ab omni pœna absolvatur, nō est ità clarum, & si hæc est mens legum, vix possunt excusari, quominùs nimiam licentiam faciant. Videri possent aliis pœnis locum relinquere. *Nam & D. Pius in hæc verba rescripsit Apollonio. Ei qui uxorem suam in adulterio deprehensam occidisse se non negat, ultimum supplicium remitti potest: cùm sit difficillimum justum dolorem temperare: & quia plus fecerit, quàm quia vindicare se non debuerit, puniendus sit: sufficiet ergo, si humili loco sit, in opus perpetuum eum tradi, si qui honestior, in insulam relegari.* Ità habetur *l. si adulterium 38. §. 8.* paulò superiùs adductâ, quem locum non video quomodo multi adducant, post glossam in *l. Graccbus.* ad probandum, quòd leges permittant adulterum occidi, cùm solùm loquatur de occisione uxoris. Ratio autem legis

de hoc puniendo, procedit etiam in occisore adulteri, quia etiam se vindicat.

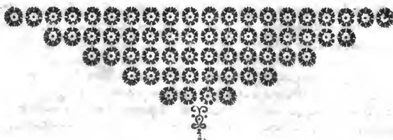
717. Verùm obstat fortiter lex Gracchus. 4. C. hoc tit. *Gracchus, quem Numerius in adulterio noctu deprehensum interfecit, si ejus conditionis fuit, ut per legem Iuliam* (est lex marito 24. ff. h. t.) *impunè occidi potuerit, quòd legitimè factum est NB. nullam pœnam meretur. Idémque filiis ejus qui patri paruerunt, præstandum est. Sed si legis auctoritate cessante inconsultò dolore adulterum interemit, quamvis homicidium perpetratum sit, tamen quia & nox & dolor justus factum ejus relevant, potest in exilium dari.* Ecce! punit lex homicidam occidentem personam non vilem, sed occidentem personam vilem ab omni pœna absolvit, & dicit, occisionem esse legitimè factam. Quæ verba sanè difficultate non carent, & nullibi invenio solidam explicationem. Unde libenter dicerem (nisi major auctoritas & ratio obstaret) reverâ legem voluisse in hoc casu (non item in casu quo pater occidit) homicidium publicâ auctoritate fieri, si persona occisa talis fuit, qualis describitur in lege. 24. *Marito quoque adulterium uxoris suæ occidere permittitur, sed non quemlibet, ut patri.* (Ecce! discrimen) *nam hac lege cavetur, ut liceat* (ecce! priùs solùm dixerat: *permittitur.* nunc autem datur licentia) *viro deprehensum domi suæ, non etiam Soceri, in adulterio vxoris occidere eum NB. qui leno fuit, quive artem ludicram antè fecerit, in scenam saltandi cantandive causâ prodierit, judiciove publico damnatus, neque in integrum restitutus erit, quive libertus ejus mariti, uxorisve patris, matris, filii, filiæ, utrius eorum fuerit.* Sed quidquid sit de æquitate harum legum, si aliquam iniquitatem continent, correctæ sunt per Ius Canonicum c. inter hæc 33. q. 2. ubi Nicolaus Papa scribit Albino Archiepisc. *inter hæc sanctitas vestra addere studuit, si cujus uxor adulterium perpetraverit, utrum Marito illius liceat secundùm mundanam legem eam interficere. Sed sancta D E I Ecclesia mundanis nunquam constringitur legibus: gladium non habet, nisi spiritualem, non occidit, sed vivificat.* Et licèt hic Canon loquatur contra licentiam occidendi uxorem (qualis lex exstat apud Hispanos teste Gomez & Covarr.) eadem tamen est ratio quoad adulteri occisionem. Glossa in illum can. optimè notat, occisionem uxoris licere secundùm legem Lombardam, non secundùm Romanam, & addit, leges civiles non excusare à culpa, sed solùm à pœna.

718. Clariùs improbat hujusmodi leges S. Augustinus relatus in Can. 9. 33. q. 2. cit. *Si (quod veriùs dicitur) non licet homini Christiano adulteram conjugem occidere, sed tantùm dimittere, &c.*

QUÆRITUR 4. Utrum facto propter adulterium uxoris divortio, teneatur maritus nihilominus alere uxorem. Affirmant DD. communiter. Sed nullam legem aut cap. invenio. Quare in hoc puto praxin esse attendendam.

719. Quæri potest 5. Quomodo Iudex sæcularis se gerere debeat, si cœpto judicio in causa adulterii opponatur, matrimonium esse nullum ob impedimentum Canonicum. Ad hoc dubium respondet Baiardus §. *adulterium n.* 44. cum Felino & Afflicto, quòd teneatur remittere causam ad Episcopum: posset tamen etiam dicere excipienti reo, ut coram se produceret, quæ intenderet probare coram Episcopo, & si videret ea non obstare, posset procedere ad ulteriora. Addit deinde, de generali consuetudine Iudicem Laicum in causa adulterii criminaliter intentati, posse cognoscere incidenter, an matrimonium subsistat, verùm utrùm hoc ab eo rectè & Canonicè dictum sit, viderint Canonistæ.

720. QUÆRITUR 6. An adulterium pertineat ad delicta privata, an ad publica. ℞. Pertinere ad privata, quia licèt accusari possit, non tamen à quovis de populo, sed solùm à certis personis quibus id de Iure conceditur.



CAPUT

CAPVT VLTIMVM.

DE INIVRIIS IN BONIS SPIRITVALIBVS, ET RESTITVTIONE COMPETENTE.

721. Bonorum spiritualium nomine non veniunt hîc tantùm supernaturalia, ut Gratia, Sacramenta, &c. Sed etiam usus rationis, Scientia, Libertas, Voluntas ingrediendi Religionē, vel in ea perseverandi. Et quidem quatenus per metum injustum tollitur Libertas vel minuitur, constat jam ex dictis, metum esse auferendum ex Iustitia, & si ex metu aliud damnum reparabile secutum est, etiam illud reparandum est. Quam autem vim habeat metus ad invalidandos actus, dicetur copiosè in tract. de Pactis, & Contractibus in genere.

CONTROVERSIA I.

Deturne obligatio, & qualis, restituendi pro inductione in errorem, vel peccatum.

SUMMARIUM.

An inducens ad mortale, teneatur ad aliquam restitutione. n. 7-3.

722. Certum est, si quis lædatur in usu rationis, ità ut injustè dementetur, aut in errorem gravem inducatur, v. g. in errorem fidei, vel alium errorem valde universalem, impeditivum alicujus scientiæ comparandæ, vel alio modò perniciosum, eò quòd sit error practicus (nam in speculabilibus hoc rariùs contingit) teneri lædentem ad errorem tollendum, ad usum rationis, si fieri possit, restituendum, tollendo v. g. maleficium, item ad damna subsecuta, quæ poterant prævideri, resarcienda.

723. Dubium est, an inducens ad peccatum mortale, teneatur ad aliquam restitutionem, & ad qualem. ℞. 1. Si inductio facta est consilio, precibus non nimis importunis, nec vim facientibus, peccanti non tenetur ad aliquam restitutionem. Ratio est, quia volenti non fit injuria, ut explicatum est superiùs. Dixi: *peccanti.* Nam si illud peccatum esset alteri tertio damnosum, teneretur eo modo, & ordine, quo diximus superiùs agentes de cooperantibus ad peccatum. ℞. 2. Si per metum induxisti, ad peccatum mortale contra quamcunq; virtutem, peccas contra Iustitiam lædendo alterius libertatem ad quam jus habet: quapropter teneris imprimis metum tollere. Secundò, damna si quæ sunt secuta, & prævideri poterant, ac restitui possunt, restituere teneris, v. g. si ob tale peccatum privaretur beneficio, vel officio. Tertiò, teneris ostendere ignoranti remedia pœnitentiæ. ℞. 3. Si per fraudem induxisti decipiendo, & in errorem inducendo, ex quo errore postmodum nascatur peccatum quantumvis materiale tantùm, si tamen illud sit graviter nocivum, v. g. si tollat virginitatem, quæ est grande ornamentum, si excitet tentationes, & propensionem gravem ad multiplicandos hujusmodi actus, v. g. mollitiei, tunc peccas graviter contra justitiam, & teneris tollere deceptionem, & damna subsecuta resarcire. Quandoque etiam erit mortale peccatum, inducere per vim, vel fraudem in peccatum veniale, si hoc specialiter dedeceat talis statûs personam, vel si ex alio capite colligi possit, illam personam esse graviter invitam, v. g. si Religiosus inducatur ad mentiendum. Respectu aliorum tamen regulariter non est grave peccatum, inducere per fraudem in veniale, quia regulariter homines non censentur esse graviter inviti, cùm moraliter omnia vitari non possint. Deducuntur hæc omnia ex generalibus suprà declaratis.

CONTROVERSIA II.

Quæ sit obligatio restituendi ob impeditum Religionis ingressum, aut procuratum egressum Novitii, aut Religiosi.

SUMMARIUM.

Ad quid teneatur, qui ab ingressu Religionis alium impedivit, aut seduxit, ut egrederetur.
An metu aut fraude remotà ad aliquid aliud teneatur, si impeditus nolit Religionem ingredi. 726.

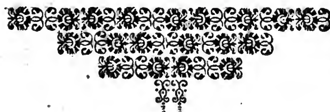
724. Dubitatur 1. An is qui aliquem vi, metu, aut fraude seduxit, ne Religionem ingrederetur, aut ut jam ingressus egrederetur, teneatur, vel ipse ingredi, vel alicui alteri persuadere ingressum, ut hâc ratione Religioni compenset damnum quod ex illa perso-

na

na seducta sperare potuisset, saltèm pro æstimatione spei. Affirmat post quosdam alios P. Molina. Alii communiter, & veriùs negant. Probant aliqui ex illa vulgari Regula, quod ingressus Religionis, sicut matrimonia, debeat esse liber. Sed hæc probatio non stringit. Libertas enim sufficiens ad validum ingressum non pugnat cum obligatione ingrediendi, ut patet in eo, qui propter voti obligationem ingreditur. Sic etiam valent matrimonia, quæ ex metu justo contrahuntur; ut si stuprator pœnis Ecclesiasticis adi itur ad ducendam stupratam.

725. Meliùs probat Lugo: & imprimis quòd non teneatur ipse ingredi probatur: quia hac ratione obligaretur suam libertatem dare pro læsione in bonis temporalibus, quod non est dicendum. sequela patet, quia libertas est altioris ordinis. Sicut ergo impediens per fraudem, ne Maria ducatur à Joanne in uxorem, non tenetur ipse eam ducere, ità & in præsenti casu negandum est. Quòd verò etiam non teneatur aliquem alium inducere, probatur: vel enim deberet illũ inducere, ut ingrederetur in hunc finem, ut satisfaceret pro debito seductoris, & hoc dici non potest, nam quod per se loquendo est moraliter impossibile, & insperabile, non cadit sub obligationem: sed est moraliter insperabile, ut alius se includat claustro, nullâ aliâ vocatione ductus, quàm ut te à tali onere liberet: præterquam quòd Religioni plus obesset, quàm prodesset, qui careret omni alio motivo; quid enim boni à tali Religioso sperari posset? vel sufficeret inducere aliquem alioquin ingressurum, ut superadderet intentionem satisfaciendi pro debito seductoris: & hæc obligatio non esset utilis, aut optabilis Religioni, ac proinde eam nihili faceret, & sic esset talis obligatio remissa. Vel denique requireretur, ut saltèm alicui aliàs non ingressuro persuaderet ingressum spontaneum, & ex propria devotione sine voluntatate satisfaciendi pro debito seductoris, & tunc iste non liberaretur à suo debito, quia libertas unius non extinguit alterius debitum, sicut non solveres centum debitos Petro, persuadendo Paulo, ut Petro donet centum.

726. DUBITATUR jam 2. An ille seductor, postquam vim, metum, aut fraudem removit, & tamen seductus ille non vult ampliùs ingredi Religionem, cùm tamen posset, an inquam teneatur satisfacere Religioni pro emolumentis temporalibus in bonis fortunæ, quæ ex tali persona sperabat, saltèm quantùm valebat spes. ℞. 1. Non tenetur restituere illud emolumentum, quod Religio facilè consequi potest alium illius loco suscipiendo, quem alioquin non potuisset suscipere ob numerum personarum completum. Nam quoad hanc quantitatem nullum damnum patitur. Hoc itaque deducto. ℞. 2. Seductorem teneri ad illa, quæ cum ingressu talis personæ erant per se moraliter connexa: ut si fuit homo industrius, practicus, utilis ad res Monasterii œconomicas promovendas. Tenetur item ad ea, quæ seductus jam animo destinaverat donare Monasterio, aut Religioni, si de hoc constitit Seductori. Nam vi talis animi & affectûs, jam habebat Monasterium propinquam spem, & consequenter eorum carentia est per se connexa cum illa seductione, sicut, si quis fraude impediret aliquem, ne legaret mihi, quod jam animo legare conceperat. ℞. 3. Non tenetur tamen ad illa, cum quorum carentia non nisi valde remotè connexa est seductio, v.g. si fuit dives, si sperabat hæreditatem, &c. Quia adhuc ex variis causis poterat Religio ea bona non consequi, potuissetque æquè facilè sua bona in alios transferre, si needum statuit dare Religioni: est ergo spes valde remota. Et hæc de his sufficiant, cùm, ut benè notavit Vasquez, non habeant specialem difficultatem, & bona spiritualia vix ad Iustitiam Commutativam spectent, quam solam accuratiùs tractare propositum est. Quodsi de quibusdã ad Vindicativam spectantibus mentio facta est, id obiter & incidenter, ac præter intentionem è calamo fluxit: & eorum quantumvis rudis ac inculta notitia nocere non potest.



R. P. CHRI-

R. P. CHRISTOPHORI

HAUNOLDI

E SOCIETATE JESU,

TRACTATUS III.

DE

TRIBUS IURIUM REALIUM GENERIBUS,

DOMINIO, SERVITUTIBUS, POSSESSIONE,

JURISQUE REMEDIIS, SEU ACTIONIBUS HUC SPECTANTIBUS.

CAPUT PRIMUM.

DE JURE DOMINII, VEL QUASI DOMINII, RERUM CORPORALIUM, ET INCORPORALIUM IN GENERE.

CONTROVERSIA I.

Quid & quotuplex sit Dominium.

SUMMARIUM.



§. I.

Explicatur definitio Bartoli, & defenditur contra Modernos.

1. LOquemur nunc de Dominio Proprietatis pleno: unde facilè constabit, quid sit, & cuinam competat dominium non plenum, seu imperfectum, ac denique quomodo Dominium in genere, prout abstrahit à Dominio pleno, & non pleno, directo & utili, definiri possit.

Dominium plenum, ac perfectum, prout inter homines reperitur, definitur à Bart. *in L. si quis vi. §. 4. ff. de acquiren. poss.* & communiter aliis post ipsum: *Jus perfectè disponendi de re corporali, nisi lege prohibeatur.* In hac definitione multis Juristis æquè ac Theologis displicet illa particula restringens, *in Re corporali.* Quasi verò non detur etiam dominiū in re incorporali, v. g. in beneficio Ecclesiastico, in Iure Servitutis, in actionibus, &c. Alii pro defensione Bartoli distinguunt inter Dominium, & quasi dominium, & illud dicunt dari in re corporali, hoc in re incorporali, hoc est in ipsis Iuribus aliquid agendi, exigendi, &c. Quo sensu nullum dabitur Ius, quod non identificetur cum dominio, vel quasi. Verùm hæc est subtilitas supervacanea, & de vocabulo, & potest cum Vulteio & Lessio illa particula sine ullo præjudicio omitti.

2. Alii Recentiores sic definiunt Dominium: *est libera facultas disponendi circa rem vel personam, quoad usus vel actiones lege permissas, non impedibilis licitè ab aliis.* Quæ ultima verba aliud non significant, quàm illa Bartoli: *nisi lege prohibeatur.* Aliqui adhuc addunt: *vel conventione.*

3. Quidam Recentior Hispanus in tract: M. S. pluribus impugnat has particulas adjectas, tum à Bartolo, tum à RR. Imprimis sic arguit. Jus plenum dominii ante prohibitionem erat facultas respiciens omnes usus: atqui iste respectus æqualiter perseverat in Domino post prohibitionem, ac erat ante prohibitionem: ergo æqualiter est Dominus in ordine ad usum prohibitum, ac erat antequam prohiberetur. Minorem probat. Mera prohibitio (hoc est, non reddens dispositionem invalidam, sed tantùm illicitam) nihil tollit illius facultatis constitutivæ dominii: ergo tota illa facultas constitutiva dominii, quæ erat ante prohibitionem, perseverat in Domino post prohibitionem usûs. Antecedens probatur. 1. Si tolleret prohibitio aliquod Ius, tunc in ordine ad usum prohibitum haberet se Dominus rei formaliter, ut non Dominus, sicut, si quis servo suo brachium amputaret, uteretur quidem re suâ materialiter, formaliter verò uteretur re non suâ, quia in ordine ad amputationem brachii nunquam habuit dominium servi: ergo pariter sequeretur, quòd qui equitaret in suo equo, quando equitatio est prohibita, peccaret contra Iustitiam, si per prohibitionem Ius equitandi amisisset: quia formaliter uteretur re non suâ. Probatur antecedens. 2. Quamvis prohibeat lex emptionem vel venditionem mercium nocivarum bono communi, si tamen Dominus vendat, valet venditio: ergo Dominus habet adhuc post prohibitionem facultatem ad illum usum, qui dicitur distractio merciū, quamvis sit usus ille per legem prohibitus. Probatur antecedens. 3. ex lege *idem si ob stuprum ff. de condictione ob turpem causam.* Ubi dicitur: meretrix turpiter facit quòd sit meretrix, non tamen turpiter accipit, cùm sit meretrix. Ergo licèt usus sit prohibitus, habet tamen dans & accipiens Ius ad illum usum.

4. Hæc omnia tamen facilè solvuntur, negando id quod in argumento principali supponitur, nempe, quasi illæ particulæ: *Nisi lege prohibeatur*: ideo addantur, ut indicarent, posse dominium esse plenum, etiamsi per legem aliquod Ius adimatur. Non est hic sensus, aut finis illarum particularum, sed sensus est iste: Dominium est facultas perfectè disponendi de re: quodsi aliqua dispositio impeditur, non impeditur ex defectu Iuris, hoc est, quasi sic disponendo violet Ius alterius, habentis Ius ad omissionem talis dispositionis; sed impeditur à lege ex alio fine. Itaque sicut non esset reprehendendus, qui diceret: Visus est potentia videndi coloratum, nisi obstaculum ponatur: quia non vellet dicere, quòd positio obstaculi minuat potentiam visivam: ità & in casu nostro.

5. Hinc solvitur vulgaris objectio contra definitionem. Ex ea enim videtur sequi, quemlibet esse Dominū omnium rerum: quivis enim habet facultatem disponendi de quavis re, nisi lege prohibeatur. ℞. Negando Sequelam. Ad probationem dicitur, per legis prohibitionem intelligi illam, quæ quidem supponit in subjecto seu subdito quem obligat, jus disponendi, sed ex certis causis in bonum ipsius subditi vel communitatis, reddit illi quosdam actus, seu dispositiones illicitas, vel etiam invalidas, &c. Unde fit, ut cessante legis obligatione, sine ullius juris nova acquisitione, statim plenè disponere possit, eo etiam modo, quo priùs per leges non poterat licitè, aut validè. Itaque non sunt illæ particulæ intelligendæ de illis legibus, quæ ideo prohibent dispositionem, quia alius habet jus, ne ponatur talis dispositio: quæ leges fundant se in Iure contrario alterius: sic prohibetur furtum, quia alius habet jus ad omissionem furti. Brevissimè ergo sensus Definitionis dominii pleni est: Ius in re tam amplum & universale, ut in tali re nullus alius jus habeat stabile & perpetuum: de quo plura inferiùs.

6. Advertendum insuper est, quòd licèt lex prohibens aliquam dispositionem non minuat jus in sensu jam dicto, quasi talem dispositionem reddat injustam, & contra jus alterius, ali-

quo

quo modo tamen, & in alio sensu reverâ auferat jus aliquod personale. Nam ante prohibitionem, v. g. venditionis fructuum, si quis per vim, aut metum voluisset aliquem à venditione prohibere, fecisset injuriam, & Dominus jus personale contra alios, ne ipsum vi, aut metu impedirent: factâ autem prohibitione per legem potest metu justo impediri ab aliis; sicut qui cum una contraxit sponsalia, potest metu justo impediri ne cum alia contrahat de præsenti, quamvis si ità contraheret, matrimonium valeret.

Hinc jam ad argumentum hujus Recentioris aliter responderi potest distinguendo: per prohibitionem non tollitur aliquod Ius reale conceditur: aliquod Ius personale, negatur, & hoc volunt significare illæ particulæ, quamvis ultrò dem, non esse magnam necessitatem eas addendi.

§. II.

Solvitur objectio ex perfecto Dei dominio, ubi de Iure reflexivo cujusdam Recentioris.

7. OBjici potest contra definitionem Dominii pleni. 1. Deus est pefectissimus Dominus creaturarum, & tamen non potest de illis perfectè disponere, sicut potest homo: nam homo potest dominium rei suæ transferre in alium: Deus verò non potest à se ullum dominium abdicare: ergo non requiritur ad plenum dominium Ius perfectè disponendi. ℞. Negando consequentiam: debet enim τὸ *perfectè*, intelligi in terminis habilibus, hoc est, de omni dispositione non involvente contradictionem: quòd autem homo possit dominium transferre, non item Deus, provenit ex imperfectione dominii humani, & perfectione Dominii Dei; ille enim est Dominus accidentaliter, Deus autem essentialiter. Itaque Deus non ex defectu Iuris, sed ex incapacitate obligationis ab alterius Iure provenientis non potest à se abdicare Dominium, & hoc non obstat pleno Dominio, sicut eidem non obstat, quòd Deus non possit comedere cibum cujus est Dominus. Aliter se res habet, v. g. in habente Majoratum, quem alienare non potest ex defectu Iuris.

Occasione hujus doctrinæ placet referre aliam, recenter ab eodem Hispano traditam, & à nemine alio, ut ipse fatetur, agitatam, an Dominium aliud sit directum, aliud reflexum, ad eum modum quo Philosophi dividunt cognitionem in directam & reflexam, quia videlicet directa tendit in rem distinctam à cognitione, reflexa in ipsam cognitionem: ità similiter dominium directum respiciat rem distinctam à dominio: reflexum verò respiciat ipsum dominium. Docet ergo primò, dominium in rem corporalem, includens facultatem illam alienandi, vendendi, donandi, &c. includere Ius reflexivum, & non solùm directum, hoc est, utendi re corporali ad usus ad quos talis res est apta, v. g. equo ad equitandum, &c. ratio est, quia est Ius disponendi de ipso Iure directo, nempe illud transferendi in alium. Docet. 2. Dominium plenum in rem non includere Ius reflexivum. Quia Ius plenum in re habetur, dummodo res ipsa plenè subjaceat dispositioni, etiamsi Ius ipsum directè disponendi non subjaceat dispositioni reflexæ, hoc enim Ius est aliquid distinctum à re ipsa corporali, ergo Ius disponendi de ipso Iure directo non includitur in pleno dominio, quia hoc adæquatè est idem cum Iure directo. Docet. 3. Non esse simpliciter perfectè dominum rei, qui habet dominium, vel Ius reflexivum, quo possit immediatè de suo dominio disponere, illud à se in alium transferendo. Probat. Dominium enim in rem capacem subjectionis, est perfectio simpliciter simplex (ut loquuntur Theologi) ergo est imperfectio, posse illâ carere: ergo qui potest à se abdicare hoc dominium potest carere hac perfectione: est ergo Dominus cum imperfectione: ergo dominium plenum potiùs excludit quàm includit Ius reflexivum. Hinc ergo Deus est perfectè, & plenè Dominus rei cujusvis creatæ, quia non habet facultatem renuntiandi dominio illius, quia hoc non esset subjicere sibi creaturam, sed subjicere sibi seipsum, & perfectionem sibi intrinsecam.

8. In hoc ultimo (nam prioribus non est operæ pretium immorari) non assentior huic Recentiori; ex eo enim manifestè sequeretur, quòd præter Deum nemo haberet plenum dominium, non solùm si comparetur cum Deo (nam sic nullum penitus dominium habet creatura) sed præscindendo à dominio Dei, nemo inquam haberet, qui tamen ab omnibus, Theologis æquè ac Iuristis, dicitur habere plenum dominium. Si enim Dominium plenum excludit dominium reflexivum, hoc est, Ius alienandi, ut iste Recentior dicit, & omne dominium creatum est dominium renuntiabile, & alienabile (per se loquendo) ergo nullum erit plenum dominium.

9. Deinde transferibilitas dominii creati arguit quidem imperfectionem, si comparetur cum Dominio Dei, quia arguit imperfectionem in supposito, nempe capacitatem obligationis erga alium, cui per talem translationem obligatur; si tamen dominium tale comparetur cum dominio non transferibili ad libitum in alium, sed vinculato, certum est, illud prius esse & dici dominium plenum, & perfectius isto, eò quòd impossibilitas alinationis non proveniat à perfectione suppositi, sed à Iure alterius resistente tali alienationi, ut contingit in Majoratu, & aliis, ut patebit in progressu. Quodsi dicas, minorennem aut pupillum non posse alienare, & tamen habe-

re plenum dominium: quæro, an amittat plenitudinem dominii, quando fit majorennis, & sui Iuris? non utique: atqui tunc potest dominium alienare: ergo hæc potentia non minuit dominium. Deinde minorennis potest alienare authoritate Curatoris & Iudicis accedente. Denique hac instantiâ non probatur, quòd dominium plenum excludat Ius reflexivum, sed ad summum probaret, quòd non includat, quamvis nec hoc probet.

§. III.

Solvuntur reliquæ Objectiones.

10. Objici potest, 3. Debitor est plenus, & perfectus Dominus pignoris, de quo non potest pro libitu disponere, eò quòd Creditor habeat Ius contrarium: neque tamen ullâ aliâ lege prohibetur: ergo definitio non convenit omni definito. Propter hanc objectionem, ut suprà dixi, putârunt aliqui definitioni addendum esse: *aut conventio obsistat*: ità ex Theologis P. Azor, ex Iuristis Casp. Manzius *in Rubr. De rer. divis. n.* 19, Henricus Jacobus Zæsius ibid n. 2. Brederodius, Corvinus. Verùm alii non putant esse necesse addere, & fatentur, Debitorem non esse ampliùs plenum & perfectum Dominum pignoris, quod quidem mirum esse non debet: nam oppignotatio saltèm Iure Canonico est quædam species alienationis, ut notant Canonistæ in tit. *de Reb. Eccles. alien. vel non.*

11. Censeo tamen utriusque partis AA. conciliari posse, si animadvertamus, Dominium plenum accipi posse in duplici significatione. Primò enim Dominium plenum juxta Schneidewinum accipi potest prout excludit omne Dominium alterius etiam imperfectum in eadem re, quale est dominium utile sine directo & econtra. Et in hoc sensu concedendum est, debitorem esse plenum dominum pignoris, adeoque non malè addi illam particulam: *Nisi conventio obsistat*: quamvis etiam dici posset, hoc ipso etiam legem obsistere, quæ conventionem illam firmavit.

Secundo modo & strictissimè sumitur Dominium plenum prout excludit omne Ius alterius tam in re, quàm ad rem, vel saltèm omne Ius in re, & sic dicendum est, debitorem non esse plenum Dominum pignoris, adeoque ut sic non est opus adjectione illarum particularum, quia non est necesse, dominium debitoris in pignore comprehendi definitione pleni dominii. De hoc iterum §. seq.

12. Replicabis tamen. Si illæ particulæ addantur, tunc definitio pleni dominii conveniet etiam habenti dominium directum sine utili, qui tamen non est plenus dominus. Sequela probatur. Nam Dominus directus seu proprietatis habet etiam Ius plenè disponendi: *nisi conventio facta cum Vasallo obsistat*, sicut habet debitor in pignore. Respondetur negando paritatem. Nam imprimis Domino proprietatis non obsistit Conventio, propriè loquendo, ne plenè disponat de re sua, sed potiùs illi obsistit translatio totius utilitatis & Iuris disponendi quoad usum fructum: hîc autem per *conventionem* intelligimus tale pactum, vi cujus non transferatur tanta utilitas rei in alium, ut alter acquirat utile dominium, sed solùm quo aliquatenus limitetur usus & dispositio circa rem suam, prout fit in constitutione pignoris aut hypothecæ. Deinde, quod benè notandum est, & jam suprà innuebam, per constitutionem pignoris non acquirit creditor Ius quoddam firmum & stabile, sed ad nutum debitoris extinguibile (nisi per impotentiam retardetur, quod per accidens est, & hîc non consideratur) nempe si pignus luat. hujusmodi autem jus non pugnat cum dominio pleno; nam quando alter possidet rem meam, adhuc ego sum plenus dominus, quamvis alterius possessio jure me impediat, ne proximè & immediatè possim de re mea disponere; satis enim est, quòd vi juris quod habeo, possim rem meam petere in Iudicio petitorio, & vindicare, ac sic subjicere proximè dispositioni meæ, ut jam pleniùs dicam. Itaque

13. Objici solet 4. Quando quis rei suæ possessionem amittit, adhuc est plenus illius dominus, & tamen tunc non potest de re sua disponere, nam impeditur à possessore, qui quandoque est bonæ fidei, & ad ipsum pertinet jus utendi re possessâ, percipiendi fructus, &c. quodsi est malæ fidei possessor, saltèm habet jus in lege fundatum, ne illi privatâ auctoritate & per vim eripiatur, ut suo loco dicam. ergo adhuc est manca definitio. Propter hanc objectionem aliqui Iuristæ addunt definitioni hæc verba: *aut vindicandi*. nam Dominus carens possessione habet jus rem suam vindicandi. Ità Mynsinger, Harpprecht, Schneidewein, Manzius, Corvinus. Verùm, meo judicio rectiùs ab aliis hæc particula omittitur, quamvis ad positam objectionem nihil respondeant. Omittenda, inquam, videtur ob duas causas. Prima est, quia vitiat definitionem, dum definit Dominium per vindicationem, cujus notitia obscurior est, quàm dominii, imò committit circulum: nam Rei vindicatio definitur per Dominium: est enim actio in rem, quâ quis in Iudicio petit se rei controversæ dominum declarari. Ecce! Vindicatio definitur per ordinem ad dominium: ergo si Dominium iterum definiatur per ordinem ad vindicationem, est circulus manifestus. Secundò omittenda videtur, quia eâ adjectâ convenit definitio aliis qui non sunt domini pleni, ut Vasallo, & Emphyteutæ, qui etiam habent jus vindicandi. Ad objectionem ergo, Rx. Ius possessoris ideo non obstare pleno dominio, quia est fundatum in ignorantia sive ipsius domini, sive possessoris, & ideo non est jus firmum ac stabile, sed ablatâ ignorantiâ extinguitur, quia malæ fidei

dei possessor nullum habet jus retinendi rem, & dominus potest rem vindicando subjicere suæ dispositioni: quare habet jus disponendi radicale, quod sufficit, alioquin qui procul distat à suo fundo, non haberet plenum dominium, quia non potest proximè disponere: itaque impedimenta per accidens non debent exprimi in definitione, ut jam magìs dicetur.

Objici posset 5. Quando quis vi impeditur ab usu rei suæ, non potest perfectè & pro libitu de illa disponere, & tamen est plenissimus dominus, quia ponimus vim illam esse injustam.

14. Propter hanc objectionem Iacobus Zœsius addit definitioni: *nisi vi prohibeatur.* sed immeritò, nam in definitione subintelligitur: si absit impedimentum physicum: sicut quando à Philosophis definitur vita, quòd sit principium movendi se ab intrinseco, non est necesse addere: *nisi vi impediatur*, hoc enim per se intelligitur. sic homo dicitur noctu habere totam potentiam videndi, licèt tenebris impediatur ab actuali visione. Pari modo dicitur Dominium Ius perfectè disponendi, hoc est, jus tam amplum, ut nihil juris desit ad quamcunque legitimam dispositionem, esto adsit impedimentum: sicut etiam in infante adest impedimentum libertatis, & in eo qui cibo jam satur est, adest impedimentum comedendi suum cibum.

Objicitur 6. Qui possident Majoratum vel Fideicommissum, vel alia bona vinculata quæ alienari prohibentur, sunt adhuc pleni Domini, & tamen non possunt perfectè disponere de ejusmodi bonis: ergo deficit definitio. De hac re diversimodè sentiunt DD. aliqui enim concedunt antecedens, & negant consequentiam, quia putant illud vinculum esse merè à lege introductum, sicut respectu pupillorum. Ità Pinellus, Covarruvias, Ant. Gomez & alii, quos sequitur Molina & Lessius. Sed falluntur. nam illa vincula non proveniunt præcisè & unicè à lege, sed fundantur in Iure aliis quæsito, quibus fieret injuria si talia bona alienarentur. Verior ergo sententia est aliorum negantium, illos esse perfectos & plenos dominos. Ità Aretinus, Rubius, Tiraquellus & alii apud Molinam Iuristam, *lib.* 1 *de Primogenit*; *c.* 19. & sequitur Card. de Lugo: ad cujus confirmationem facit *L. finalis* §. *sed quia C. communia de legat.* ubi expressè dicitur, quòd hæres possidens fideicommissum non possideat illud purè in suis bonis, & quòd fideicommissum sit Iuris alieni, & ideo non possit oppignorari. ibi. *Nemo itaque hæres ea quæ per legatum vel purè vel sub certa die relicta sunt, vel quæ restitui aliis disposita sunt, vel substitutioni supposita, secundùm veterem dispositionem putet in posterum alienanda, vel pignoris vel hypothecæ titulo assignanda, &c. sed sciat NB. hoc quod alienum est, non ei licere, utpote sui patr monii existens alieno juri applicare: quia satis absurdum est, rem quam in suis bonis purè non possidet, eam ad alios posse transferre, vel hypotheca, pignorisve nomine obligare, &c.* Addit insuper Card. citatus, Dominium directum Majoratûs esse penes totam familiam, quæ est quædam persona ficta: rectè autem possessor Majoratûs dicitur simpliciter dominus, quia si comparetur cum cæteris tunc existentibus, nemo magìs est dominus illo.

15. Objici solet ultimò contra id quod diximus, etiam res incorporales, ut Iura & Servitutes esse in dominio, aut quasi dominio: Objicitur inquam, *lex.* 1. *ff. de Vsu & Vsufructu per legatum vel fideicommissum datis*, ubi dicitur, quòd servitutes nec sint in bonis, nec extra bona, & ideo non possit in illis constitui usus aut ususfructus. Respondet cum quibusdam Zœsius, legem loqui non de servitutibus constitutis, sed constituendis. Verùm, ut optimè observat VVurmserus *In nucleo Contr. l.* 2. *tit.* 1. *à n.* 5. ex contextu apertè constat, sermonem esse de Servitutibus jam constitutis. Meliùs deinde ipse respondet, Iure Consultum solùm velle dicere, quòd servitutes non sint in bonis nec extra, quia per se nuspiam subsistunt, hoc est, non sunt quædam substantia physica, sed quoddam ens morale: ut etiam observavit Collegium Argentoratense. *de rei vindic.*

16. Pro Coronide Quæres, quid sentiendum sit de aliis definitionibus Dominii, quæ circumferuntur. v.g. *Dominium est, quo res nostra est.* ità VVesenbecius, Corvinus, Suthold. Colleg. Argentor: vel. *Quo res propria est.* ℞. Eas laborare hoc vitio, quòd definiant unum relativum per aliud correlativum, quod est vitium, & nihil explicat, sicut si dicerem: Paternitas est, quâ alius est noster filius. Nam *Dominium*, & *Nostrum* sunt correlativa, non minùs quàm Dominium & Servus.

§. IV.

Differentia inter Dominium Directum & Vtile explicatur.

17. Explicatio hujus differentiæ constabit ex dicendis de Usufructu, Emphyteusi, Feudo, Bonis adventitiis, Dote. Nùnc breviter.

Certum est aliquando separari dominium Utile à Dominio Directo; sic qui alteri concedit Feudum, dicitur Dominus directus seu Proprietatis, Feudatarius verò Dominus utilis: idem est in Usufructu, Emphyteusi.

Circa hanc divisionem Recentior Hispanus docet, & multis contendit, Dominum directum esse plenum dominum, & reverâ habere Ius utendi fruendi, sed impeditum. Deinde docet, Usufructuarium seu habentem dominium utile tantùm non esse dominum simpliciter, sed esse tamen dominum *secundùm quid.* De hoc secundo dicam infrà. Quoad primum, tametsi posset fieri quæstio de modo loquendi, omnes tamen alii aliter sentiunt, & dicunt, Dominium directum sine utili esse dominium non plenum.

Et ratio est desumenda ex dictis: quia reverâ talis non habet Ius utendi fruendi impeditum, sicut habet jus comedendi cibum, impeditum dolore dentiũ, aut nauseâ stomachi: sed omnino caret Iure utendi, quia illud in alium transtulit, nempe in Usufructuarium, qui habet jus utendi, &c. quale non habet alius in cibo, cujus comestio est impedita in domino. Deinde si Usufructuarius habet dominium saltèm secundùm quid, seu partem dominii (ut hic Recentior fatetur) quomodo cum hoc stat, aut intelligi potest, quòd Dominus directus habeat dominium totum, quandoquidem ne quidem unius partis possint duo esse domini in solidum, ut etiam ipse docet? Aliud est, quòd Dominus directus vocetur simpliciter dominus (ob jura suo loco declaranda,) & aliud, quòd sit dominus plenus: sic quod quis facit ex metu, dicitur simpliciter voluntarium, sed non Voluntarium plenè, quia est secundùm quid involuntarium. Neque quidquam illi patrocinatur exemplum quod affert de eo qui locat aut commodat equum alteri, & tamen manet plenus Dominus. nam hoc ideo est, quia non transfert in alterum jus stabile, sed ad tempus, quo elapso tenetur alter restituere. Nos autem jam suprà diximus, hæc non obstare dominio pleno, quia talis commodatarius à nemine dicitur dominus equi secundùm quid. Econtra Usufructuarius habet jus stabile, per se loquendo, ad tempus vitæ, quale habet maritus in corpore uxoris, etiamsi illud non possit transmittere ad hæredes. Qui ergo in re sua alteri concedit Usumfructum, concedit jus stabile, & dominium secundùm quid, & sic aliquâ parte dominii se spoliat, adeoque desinit esse dominus pleno jure. Et hoc quidem videtur clarè supponere Iure Consultus Cajus in *l.* 29. *ff. Qui & à quibus manumissi.* ibi. *Generaliter pignori datus servus sine dubio pleno jure debitoris est, & justam libertatem ab eo consequi potest.*

Quòd autem Dominus proprietatis secluso usufructu non sit plenus Dominus, ut vult Recentior, contra quem agimus, habetur apertè in *L. Si stipulatus fuero* 126. *ff. de V.O.* ibi. *Non idem continget ei* (hoc est, non liberabitur ab obligatione per stipulationem contracta) *qui fundum pleno jure promisit, & usumfructum dedit: deinde amisso eo, proprietatem sine usufructu tradidit, &c. hìc nullâ parte obligationis exoneratur, nisi pleno jure fundum effecerit stipulatoris.* Ecce! quòd Ius Proprietatis non sit plenum Ius, & dominium, secluso usufructu.

18. His ergo Iuribus insistendo dicendum est, eum omnem, & solum civiliter & Iuridicè loquendo, esse pleno Iure Dominum rei, in qua præter ipsum nullus alius stabile Ius habet. Hinc infero, eum qui habet suo fundo impositam servitutem, vi cujus Ius disponendi minuitur notabiliter, non esse pleno Iure Dominum. Dixi: *Notabiliter*: nam ut P. Molina n. 16. notat, parùm pro nihilo reputatur.

CONTROVERSIA II.

Utrum in eodem instanti, v.g. donationis, tam Donator, quàm Donatarius sit Dominus in solidum rei donatæ, adeoque non repugnet plurium dominium in solidum ejusdem rei simultaneum.

SUMMARIUM.

Duplex dominium totale pro eodem instanti ejusdem rei repugnat. 20.

Non minùs repugnat pro diversis signis naturæ, ac pro eodem. 23.

An in eodem instanti possit quis esse servus & liber. 26.

An Donator in instanti donationis sit Dominus. 29. 33.

Jus Proprietatis aliud est radicale, seu proveniens ab extrinseco, aliud formale completum & proveniens à forma intrinseca. 32.

Ad quem usum sit institutum dominium conditionatum & incompletum. 33.

An Donatarius sit absolutus Dominus in instanti donationis. 34.

Dominium conditionatum unius stat cum dominio absoluto alterius. 36.

Quomodo verificetur axioma. Nemo dat, quod non habet. 38.

An ex Polygamia possit argui duplex dominium. 40.

Quid si Personæ divinæ assumerent diversas naturas. 41.

19. Sermo est de illo temporis puncto, quo Donatio, vel alius contractus translativus dominii, ità absolvitur, ut sit verum dicere: *Nunc transfertur actu, & formaliter dominium in alium.* & quæritur quis tunc sit Dominus rei, an donator, an donatarius, an utérque?

Quæstionem hanc quadraginta & pluribus ab hinc annis Recentiores aliqui, quorum tacito nomine meminit Card. de Lugo, excitârunt, & partim argumentorum subtilitate, partim quibusdam Theologicis difficultatibus non aliter (ut putabant) complanandis permoti affirmârunt, duos posse esse Dominos simul, & in solidum ejusdem rei, aut Iuris. Hanc opinionem deinde amplexus est idem Cardinalis, *to. de Incarn. d.* 3. *s.* 1. *à n.* 15. solâ tamen argumentorum evidentiâ (ut ipsi videbatur) convictus. Hunc Auctorem cùm ejusdem Collega P. Antonius Mangilius, & Augustinus Bernal acriter confutâssent, ità tamen ut quædam Lugoni concederent, ex quibus possent omnia tela in eosdem Auctores retorqueri, ansam dedêre laudato Cardinali, ut eandem sententiam ampliùs & copiosissimè

ssimè de novo promoveret *to.* 1. *de Iust. d.* 2. *f.* 2. Hunc secuti sunt Hurtadus Mendoza, & Arriaga, qui 1. *p. d.* 30. in ipsa pœnè Lugonis verba concessit. Sententia hæc faciliùs à Juristis ridetur, quàm ejus argumenta solvantur.

20. DICENDUM tamen est, hujusmodi duplex dominium totale pro eodem instanti esse Chymæricum, & apertè repugnare. Probatur ex definitione dominii præcedente Controversiâ tradita & explicata, ubi diximus, quòd aliquis dicatur esse plenus Dominus rei, quando nullus alius in ea re adversus ipsum Ius firmum & stabile habet: & à fortiori requiritur, ut nullus alius æquale cum ipso Ius habeat. Ideo enim ex pluribus Sociis vel membris universitatis, unus non habet dominium in solidum, quia alius æquale Ius habet. Unde sic argumentamur. Si in eodem instanti duo essent ejusdem rei Domini in solidum, tunc unius Dominium alterius dominio excluderetur, & non excluderetur. Hæc est contradictio: Ergo repugnat. Sequelam probo præcludendo effugia adversariorum.

Respondebunt ergo primò, Dominium plenum dicere quidem negationem Iuris alieni, non tamen cujuscunque, sed duntaxat Iuris alieni independentis à voluntate donatoris disponentis de re sua: atqui dominium Donatarii est Ius dependens à voluntate Donatoris: ergo non repugnat cum dominio plenissimo Donatoris.

21. Sed contra 1. Hoc effugium jugulat ipsos adversarios. Ex eo enim inevitabili consequentiâ sequitur, donatarium in eo instanti non esse plenum Dominum: non ènim habet Ius cum negatione Iuris alieni independentis à sua voluntate. Ius enim donatoris (quod ipsi volunt tunc coëxistere) est Ius independens à voluntate Donatarii, & non excluditur à Iure donatarii quia coëxistit: ergo si bona est adversariorum responsio ad salvandum dominium plenum in donatore, evertit dominium in donatario: ergo jam non sunt duo Domini in solidum.

22. Contra 2. Ex data responsione sequitur, posse dari dominium plenius plenissimo. Nam illud est dominium plenius altero, quod plus Iuris alieni excludit: sed quando quis rem suam non vult alienare, habet Ius excludens etiam Ius alterius dependens à voluntate sua: ergo hoc esset Ius amplius, & universalius illo, quod consisteret cum Iure alterius à se dependente: ergo si hoc adhuc est plenissimum, jam poterit dari Ius plenius plenissimo, quod est Chymericum.

Respondebunt 2. Dominium plenum dicere quidem negationem Iuris alieni pro eodem signo naturæ, sed non pro diverso: quapropter cùm donatarius non habeat Ius nisi in posteriori signo naturæ, hoc benè consistet cum dominio pleno donatoris.

23. Sed contra: non minùs repugnat pro diversis naturæ signis dominium plenissium cum dominio alterius in eadem re, quàm repugnet pro eodem signo: ergo responsio est nulla. Probatur antecedens. Ideo repugnat in eodem signo naturæ poni duplex dominium in solidum penes duos, quia tunc in eodem signo poneretur forma, & negatio formæ, nempe Ius alienum, & negatio Iuris alieni, atqui non minùs repugnat pro diversis signis naturæ poni formam, & negationem formæ: cùm enim diversa signa naturæ sint in eodem instanti reali, jam hoc ipso in eodem instanti reali poneretur forma, & negatio formæ. Ergo, &c. Hinc Philosophi rident illos, qui dicunt in priori signo naturæ materiam habere negationem formæ, & in posteriore habere formam.

Respondebunt 3. & hoc ipso exemplo Physico desumpto ex materia prima, habente prioritatem naturæ respectu formæ, conabuntur evincere suum intentum. Sicut, inquient, non requiritur, ut in priori signo existat negatio formæ, sed satis est, formam in priori signo necdum intelligi esse, ità ad dominium plenum non requiritur negatio Iuris alieni, sed satis est, pro priori naturæ necdum intelligi Ius, & dominium donatarii.

24. Sed contra. Hoc ipso quod in priori signo naturæ necdum intelligatur forma existere, dicunt Philosophi, in illo signo præscindi ab existentia, & negatione formæ: ergo pari modo ex diversitate signorum naturæ plus non ostendunt adversarii, quàm quòd in instanti reali donationis, pro priori signo naturæ adhuc præscindatur ab existentia, & negatione Iuris, & dominii alieni: ergo sicut in illo priori signo naturæ non rectè diceretur Materia prima esse, *sua*, seu, *sui Iuris*, sed potiùs dicendâ est præscindere ab hoc quod est: *esse sui juris, vel esse subjectam formæ*: Ità in instanti reali donationis non intelligitur donator pro priori naturæ esse Dominus, sed præscindit ab hoc quod est: esse, vel non esse Dominum rei donandæ, & sicut per adventũ formæ in posteriori signo naturæ, illa indifferentia præcisiva Materiæ determinatur ad hoc, ut Materia non sit sui Iuris, sed sub dominio formæ cui subjicitur, & se tradit, ità per donationem in signo posteriori determinatur indifferentia præciva donatoris ad hoc, ut non sit absolutè Dominus rei donatæ: quæ omnia paulò pòst magis declarabuntur in responsione ad argumentum adversariorum.

25. Argumentor nunc 2. ex absurdis quæ sequuntur ex sententia adversariorum. Imprimis itaque sequitur ex eorum sententia, Patronum in instanti quo manumittit servum, hoc est quo donat illum libertate, esse adhuc illius Dominum: consequens est absurdum: ergo &c.

Seque-

Sequelam admittunt adversarii. Absurditas ejus probatur. Si Patronus in instanti manumissionis adhuc esset Dominus Petri manumissi, tunc in eodem instanti Petrus adhuc esset Servus: nam relatio dominii non existit sine correlatione, & forma denominante *servum*; sicut Paternitas non existit sine forma denominante filium: atqui Petrus in illo instanti non est servus: ergo nec Patronus est Dominus. Concedunt iterũ Sequelam, assumptum negant. Assumptum verò probatur. Petrus in illo instanti est liber, quia libertas illi donata est: ergo non est Servus. Repugnat enim in terminis esse simul liberum, & servum, non minùs, quàm repugnat esse simul ligatum, & solutum.

26. Respondet Card. de Lugo, in illo instanti Petrum esse simul servum & liberum: negat tamen hinc sequi, esse simul ligatum, seu obligatum, & solutum: quia *esse Servum* formaliter non dicit: *esse ligatum seu obligatum*, sed solùm hoc quod est: *esse alterius*. Sicut autem in sententia Lugonis non repugnat equum esse simul meum & tuum, ità non repugnat Petrum esse simul suum & alterius.

27. Sed contra. Ostendendum esset adversario, quid τὸ *esse alterius Servum* minus sit quàm *esse alteri obligatum*. Cùm enim esse alterius Servum sit species obligationis, in omni autem specie genus includatur, consequens est, τὸ *esse alterius* includere hoc quod est, *esse obligatum*. Itaque sic argumentor. In instanti manumissionis habet per adversarios Patronus jus Dominii: atqui omne Jus habet correspondentem sibi obligationem in illa persona, adversus quam habet jus, ut in primo tractatu probatum est: ergo si juxta adversarios Petrus respicitur ab illo jure dominii, debet in Petro existere obligatio. Invertamus nunc argumentum & dicamus hoc modo. Si in instanti Manumissionis Servus non est ligatus seu obligatus, & in priori instanti reali erat obligatus: ergo in instanti manumissionis deest patrono aliquod jus, quod habebat in priori instanti reali: ergo non est ampliùs plenus Dominus. Consequentia patet: nam omnis obligatio ex Justitia habet essentialiter correspondens & annexum jus, quod existere non potest non existente obligatione: ergo si Servus ex obligato fit non obligatus, debet ex adverso Patronus ex habente jus fieri non habens jus: ergo in instanti manumissionis non habet omne jus quod habebat priùs, ergo non est ampliùs plenus Dominus.

28. Secundum absurdum sit hoc. In adversariorum Sententia, quando quis justo pretio alteri rem vendit & tradit, accepto vicissim pretio (fingamus utriusque traditionem terminari eodem instanti) sequitur tam emptorem quàm venditorem in instanti venditionis esse factum ditiorem: consequens est contra naturam & æquitatem contractûs: sequeretur enim quòd ambo collectivè plus haberent, quàm habuerint priùs: & simul etiam sequeretur, quòd non plus haberent, quia nihil est in ipsorum dominio assignabile, quod non etiam priùs habuerint: præterea ambo simul sumpti non essent ditiores quovis seorsim sumpto, quia quivis seorsim sumptus est dominus & mercis & pretii: quæ omnia planè sunt absona. Prima sequela probatur etiam. Nam ante traditionem neuter erat & mercis & pretii dominus, sed unus mercis, alter pretii; traditione autem, secundùm adversarios, singuli sunt utriusque domini: ergo sunt ditiores.

29. Objiciunt adversarii. Dominium plenum & in solidum alind non est, quàm Jus plenè disponendi sine injuria alterius, &c. Sed Donator (de quo est tota difficultas an sit dominus) in instanti donationis habet tale jus sicut habet donatarius: ergo dominium in solidum est penes singulos. Minorem quoad primum membrum probant. Quicunque actu disponit de re, utique potest disponere, nam ab actu ad potentiam valet consequentia. atqui qui donat, actu disponit: ergo potest disponere, & habet jus disponendi. Neque refert, quod dum donat, non possit v. g. destruere vel aliter disponere in sensu composito: hoc enim ad dominii perfectionem non requiritur, cùm talis potestas sit chymærica: sufficit ergo posse sic disponere in sensu diviso, hoc est simultate potentiæ, nempe dum donat posset non donare sed alio modo uti.

Priusquam directè respondeam, dico argumentum nimiùm probare. Probaret enim, etiam in illo instanti quo dominus rem suam destruit, adhuc verè existere Dominium rei: consequens autem est absurdum: nam sicut homo non existens non est dominus, ità non potest dari dominium rei non existentis, alioquin daretur relatio prædicamentalis sine termino. Sequela probatur: quia etiam qui rem suam destruit, actu de re sua disponit: ergo habet jus disponendi: ergo convenit illi definitio dominii.

30. Respondent, tunc quando res à suo domino destruitur, adhuc existere dominium *morale*, non autem *physicum*: hoc autem dominium morale volunt in eo consistere, quòd destruens immediatè priùs habuerit dominium physicum, & in hoc instanti posset non destruere, sed retinere.

Sed contra. Quæro, an *habere dominium morale* sit simpliciter habere dominium, sine addito, necne? si non? habemus intentum, & inferimus: ergo qui rem suam destruit, non est in instanti destructionis dominus rei, & tamen disponit de re sine injuria: ergo non est bona consequentia: *donans disponit de re sua sine injuria per donationem vi juris immediatè praexistentis: ergo est de præsenti simpliciter & absolutè dominus.* Quodsi verò dicant, dominium illud morale adhuc constitue-

stituere simpliciter & absolutè dominum, ponunt relationem sine termino existente, quod ipsimet negant fieri posse. Deinde si sufficeret ad esse nunc dominum, immediatè ante fuisse, & posse nunc non destruere, dicam pari jure, me adhuc videre albedinem in instanti quo clausi oculos, quia immediatè priùs vidi, & nunc possem non claudere oculos.

31. Argumentor nunc 2. Ex responsione adversariorum sequitur, eum qui rem suam vult in hoc instanti habere pro derelicta, adhuc esse physicè plenum dominum rei, quia res adhuc existit, & de re illa disponit abjiciendo illam extra suum patrimonium, non minùs quàm qui donat: hoc autem videtur absurdum. primò: quia si illa dispositio sit efficax prout reverâ est, debet obtinere quod intendit: arqui intendit hoc quod est: non esse dominum rei: dicit enim, *Nolo esse dominus*, ergo non est ampliùs dominus. Quodsi dicas, illam volitionem esse efficacem solùm pro sequenti tempore, & hoc solùm velle eum, qui vult rem habere pro derelicta, contra est, quòd eodem modo dicendum tibi esset, donantem non velle pro hoc instanti donatarium esse dominum, sed pro tempore sequenti: nam donans vult eatenus donatarium esse dominum, quatenus ipse vult non esse dominus: si ergo solùm vult non esse dominus pro tempore sequenti, etiam vult donatarium esse dominum pro tempore sequenti, & sic non erunt duo domini in solidum pro instanti donationis, & enervatum est totum argumentum adversariorum. In exemplo. Quando quis donat donatione causâ mortis, non transfert dominium irrevocabiliter, nisi pro primo instanti mortis, adeoque pro tunc quando ipse non est ampliùs dominus.

32. Directè nunc ad argumentum adversariorum respondendo, observandum est, Dominium seu Ius proprietatis posse claritatis gratiâ dividi in dominium quasi radicale, quod etiam vocari posset incompletum, vel proveniens ab extrinseco, ut loquitur Esparza, & in dominium formale, completum, & proveniens à forma intrinseca. Dominium radicale seu incompletum est solummodo dominium conditionatum, nempe non est aliud quàm lex illa suprema Naturæ, seu auctoris naturæ, quæ quantùm in se est in certis quibusdam casibus alios gravat in favorem unius, sub hac conditione, si favorem acceptet. v.g. lex naturæ universalis est, ut qui aliquid quod nullius est, invenit, vel capit, si velit, fit dominus rei, hoc est, habeat omnes alios gravatos in favorem sui, ut omnes fatentur. Porrò lex illa non vult alios gravare in favorem mei me invito, adeoque solùm gravat tamdiu, quamdiu ego volo, seu quamdiu non elicio voluntatem contrariam primæ acceptationi: hac autem elicitâ jam non vult natura ampliùs alios in mei favorem gravatos. Ecce! antecedenter ad acceptationem, omnes homines, qui aliquid vel invenire, vel capere, vel efficere possunt, vel quibus aliquid donari, vendíve potest, &c. habent hoc dominium radicale & conditionatum, seu incompletum, & ab extrinseco proveniens. Quando verò accedit acceptatio, tunc evadit dominium completum, & absolutum, & ab intrinseco proveniens. Quando deniq; ponitur actus contrarius acceptationi, ejusque quasi revocatorius, hoc est, nolitio habendi alios gravatos, jam tollitur aliquid constitutivum Dominii simpliciter dicti & completi, nempe habitualis perseverantia acceptationis.

33. Hinc jam inferimus, Dominium completum non existere in ipso instanti donationis penes Donatorem, ponitur enim per donationem conditio, quâ positâ lex suprema non ampliùs illi favet, sed potiùs illum gravat in favorem illius, quem ipse per donationem designat & qui acceptat. Pro quo

Observamus ulteriùs, Dominium conditionatum & incompletum non solùm esse institutum ad hoc, ut per acceptationem possit transire in absolutum, sed etiam ad hoc, ut postquam v.g. Petrus acceptavit, possit postea, quando libuerit, transferre in alium, designando v.g. Paulum. Unde donatio prout se tenet ex parte donatoris, non est usus dominii absoluti, sed conditionati, convenientis donatori per denominationem extrinsecam, provenientem à dominio absoluto instantis immediatè præcedentis, & à lege conditionatè favente pro instanti donationis, quatenus si nollet dominium præexistens in alium transferre, permaneret dominus, & retineret alios sibi obligatos.

34. Observamus 3. Donatarium per acceptationem esse absolutè dominum, dominio intrinseco & completo. Nec refert, quòd in eo instanti non possit rem destruere, vel alteri donare, vel habere pro derelicta (quia non potest simul velle & nolle esse dominus) hoc inquam non obstat perfecto dominio: nec enim ad plenum dominium requiritur, ut quis possit omnibus modis pro quocunque casu aut circumstantia, vel in quocunque subjecto possibilibus disponere, alioquin Deus non esset plenus dominus cibi, quia non potest eum manducare. sed satis est habere jus ad omnes illos actus & usus, qui hìc & nunc sunt possibiles, & quòd nemo alius habeat jus in eadem re.

35. Observamus 4. Donatorem in priore signo naturæ intelligi quidem habere dominium conditionatum, adhuc tamen præscindere an habiturus sit in illo instanti reali conditionatum purum, vel quod transeat in absolutum. Ratio est: quia omnis causa in priori naturæ præscindit ab effectu & negatione effectûs: ergo dominium conditionatum, quod est causa donationis, præscindit à donatione & negatione donationis: atqui per donationem fit, ut sit

purè conditionatum, per negationem donationis fieret, ut perseveraret dominium absolutum, sicut erat in instanti præcedente: ergo ab utroque præscindit: quemadmodum ipsa donatio præcisè prout se tenet ex parte donatoris, est conditionata, nempe, si alter acceptet. & consequenter præscindit etiam ab hoc, an sit vel non sit evasura absoluta: pendet enim hoc ab acceptatione, vel negatione acceptationis. Habet quidem donator in instanti donationis Jus absolutum eliciendi volitionem donativam, sed hoc jus non est jus absolutum, reale, seu in re quam vult donare: sed est jus in suos actus, quorum est dominus, & quorum dominium in neminem transfert.

36. Ex his denique liquet Dominium merè conditionatum non excludi à Dominio absoluto alterius: quia vi dominii merè conditionati seu extrinsecè advenientis, nullum acquiritur Ius reale, seu in re, sed solùm constituitur potestas proxima acceptandi vel retinendi, hoc est, eliciendi actus illos, quibus vel acquiritur, vel continuatur Ius & dominium absolutum rei.

37. His ità constitutis, ad fundamentum adversariorum respondemus, distinguendo majorem propositionem. Dominium est plenum, & absolutum Ius disponendi (dum existit) dispositione destructivâ ipsius dominii absoluti, negamus: est Ius disponendi dispositione supponente voluntatem acceptantem, & non revocatam concedimus. Et ad minorem propositionem, negamus quòd donator habeat in instanti donationis tale Ius, ut ostensum est. Declaratur. Qui vult uti Iure suo, v. g in legendo libro suo, habet, vel explicitè vel implicitè talem actum voluntatis: *Quia ego hunc librum emi, & translationem venditoris acceptavi, nec eum ulli alteri vel donavi, vel vendidi, &c. nec pro derelicto habui, ideo volo eo nunc uti, & volo obligatos alios, ne me ab usu impediant.* Ecce! hic est actus proprius dominii præsupponens essentialiter acceptationem & negationem revocationis: ergo cùm donatio sit formaliter revocatio, seu nolitio retinendi dominium, evidens est, non esse actum, & usum dominii absoluti, sed illud solùm præsupponere pro priori instanti reali.

38. Instant adversarii. Si donator in instanti donationis non est absolutus Dominus, falsum erit axioma: *Nemo dat, quod non habet.* ℞. Hoc axioma non aliter verum esse, quàm hæc similia. Nemo destruit, quod non habet: nemo spoliatur re, quam non habet, nemo occiditur, qui non vivit, &c. ad quæ verificanda satis est præcessisse immediatè formam, quæ tollitur: satis ergo est præcessisse dominium absolutum, & de præsenti existere adhuc conditionatum, nempe, quòd si vel nollem donare, vel alter nollet acceptare, permanerem absolutus Dominus.

39. Similiter respondetur ad alia Exempla, v. g. dum inquiunt: in instanti quo Religiosus se obligat Religioni, est adhuc sui Iuris, & tamen etiam tunc est sub obedientia: item quando contrahitur matrimonium, contrahens est in priori signo naturæ sui Iuris, & in posteriore obligatus, item in instanti, quo homo peccat, habet Ius utendi gratiâ, & Deus habet jus eam auferendi. Ad hæc & similia uno verbo respondetur, negando, quòd in priori signo habeatur Ius absolutum; sed habetur Ius conditionatum, cum præcisione à merè conditionato & absoluto: est enim maritus sui Iuris ex suppositione, & conditione: si nullam duxerit: & sic de cæteris.

40. P. VVadingus *disp.* 11. *de Incarnat. dub.* 4. argumentatur contra nos ex Polygamia, ubi constat utramque uxorem non minus Iuris habere in corpus mariti, quàm si una sola esset uxor: ergo Ius in corpus mariti est penes utramque in solidum. ℞. Neutram uxorem habere ità plenum & absolutum Ius in corpus mariti, sicut si una sola esset uxor: nam una sola haberet Ius non solùm ad exigendum debitum, sed etiam ad negationem copulæ cum quacunque alia: hoc Ius non habent uxores plures ejusdem mariti simul. Deinde ut uxor Anna petendo debitum, obliget maritum, requiritur insuper præventio, adeoque negatio petitionis factæ à Catharina, per quam negationem completur proximum Ius ad copulam sibi præ alia præstandam. Quod si fingamus ambas simul petere, tunc neutra determinatè præ alia obligabit maritum, sed penes maritum erit electio: qui si eligat Annam, hæc jam habet Ius adversus Catharinam, ne impediatur: Catharina verò tale Ius non habet, quia deest electio tanquam ultimum complementum Iuris: alioquin si ambæ haberent jus, daretur bellum utrinque justum, ut etiam observavit Arriaga.

41. Objiciunt aliqui denique. Si duæ, vel tres Personæ divinæ assumerent diversas naturas, essent singulæ Dominæ in solidum totius orbis, ut docent Burgensis, Nicolaus Grandis Ruffensis, Pignius, Almainus & alii apud Molinam *tr.* 2. *d.* 28. sicut Christus fuit etiam quà homo Rex temporalis & Dominus orbis, ut docet Navarr. *C. Novit de Iudiciis*, *Hostiens. C. Quid super his. de voto.* Responderi potest 1. secundùm plures apud eundem Molinam, Christum non fuisse Dominum & Regem temporalem, sed Regnum ipsius fuisse solùm spirituale. Respondent alii 2. inter illas naturas nullam posse esse repugnantiam voluntatum, propter eandem voluntatem divinam in utraque natura assumpta, cui suam creatam qualibet natura accommodaret. Cæterùm quid in hoc puncto dicendum sit, pendet ex ijs, quæ de naturæ assumptæ impeccabilitate dicuntur in tr. de Incarnat. absolutè loquendo illæ naturæ simul sumptæ constituerent unum Domi-

Dominum plenum & absolutum, sicut plura membra unius Universitatis. Sed huic non oportet immorari, cùm ipsis adversariis præcipuis solvendum sit, qui & ipsi fatentur, repugnare duos esse Dominos in solidum permanenter, & solùm id concedunt in instanti translationis dominii.

CONTROVERSIA III.

De speciali Juris Remedio Dominis concesso: Rei vindicatione.

SUMMARIUM.

Definitio Rei Vindicationis. 42.
Quomodo excludatur Hæreditatis petitio. 44.
Vindicatio, & Rei Vindicatio differunt tanquam genus & species. 45.
Jure Canonico videtur Rei vindicatio etiam ad res incorporales extendi. eod.
Quomodo excludantur actio Commodati, Depositi, Locati. 46.
Quibus concedatur Rei vindicatio. 47.
An aliquando Dominus volens rem vindicare, possit exceptione repelli. 50.
An Rei vindicatio detur solùm adversus verum possessorem. 51.
Cur non detur contra Sequestrem. 52.
An detur contra solum detentorem. 53.
An hac actione præter rem ipsam principalem adhuc aliud petatur. 54.
An actore non petente possit Judex de fructibus restituendis pronuntiare. ibid.
An condemnatus statim restituere teneatur. 55.
Quonam casu Rei vindicatio conveniat possessori. eod.
Quomodo possint unâ Rei vindicatione plures res simul peti. eod.
Quomodo res vindicanda debeat esse certa, & demonstrabilis. eod.
Re post litem contestatam destructâ quando possessor teneatur. eod.

42. Definitur: *In Rem actio* (hoc est realis) *per quam rem unam aliquam corporalem* (sed hanc particulam aliqui rejiciunt, & volunt æquè rem incorporalem vindicari posse) *nostram tanquam nostram petimus ab eo qui possidet.* Alii sic definiunt. *Est actio realis specialis, quâ Dominus agit adversus possessorem rei suæ corporalis, & petit se Dominum declarari, eámque officio Iudicis unà cum fructibus restitui.*

43. Dicitur: *Actio in Rem.* Non quasi cum re ipsa lis sit: sed Iuris interpretatione censetur quasi ipsa res, utpote nobis immediatè devincta principaliter conveniri, ipse verò possessor per consequentiam ratione possessionis: si enim desinat possidere (modò id non faciat malâ fide, & in fraudem Domini) non potest ampliùs conveniri.

44. Dicitur 2. *Rem unam aliquam*, ut excludatur actio quæ *Hæreditatis petitio* dicitur, quâ non rem singularem, sed universitatem bonorum petimus.

45. Dicitur 3. *Corporalem*, quam particulam levibus sanè argumentis impugnat Hunnius, quòd nempe etiam Incorporalia sint res: & etiam incorporalia possint vindicari. Cæterùm benè notat Schneidewinus, quòd quidem omnes reales actiones dici possint, & soleant *Vindicationes* §. *apellamus* 15. *I. de act.* v.g. Vindicatio servitutis, *tot. tit. ff. si servitus vindicetur*: Vindicatio pignoris. *L. 3. §. est autem. ff. ad exhibendum. L. si fundus. 16. §. in vindicatione. ff. de pignoribus.* Aliud tamen est *Vindicatio*: & aliud *Rei Vindicatio*, quæ est specialis actio & species vindicationis. Neque refert, quòd etiam Incorporales *Res* dicantur: hoc enim latè loquendo verum est, strictè verò & more in Iure recepto, solùm corpus *Res* dicitur, præsertim verò in præsenti materia, ut satis clarè dicitur in *L. 6. ff. h. t.* ibi. *Appellatio enim Rei non genus, sed speciem significat.* Hinc actio, quâ servitus vindicatur, non dicitur *Rei Vindicatio*, sed actio Confessoria. Cæterùm Iure Canonico videtur rei vindicatio admitti *C. examinata de Iudiciis.* ubi videtur supponi, quòd Ius Patronatus posset rei vindicatione peti, si sequestratio non obstaret.

46. Dicitur 4. *Tanquam nostram*, quibus verbis excluduntur etiam actiones Commodati, Depositi, Locati, quibus non petimus rem, *ut nostram*, sed ut debitam restitui, sive sit nostra sive non: quamvis hæ actiones excludantur principaliter illis verbis: *in Rem.* Cùm sint actiones personales. Excluduntur actiones Prætoriæ, quæ in rem quidem sunt, sed de rebus non propriè nostris, sed quasi nostris, aut ad Ius nostrum pertinentibus, ut Publiciana, Serviana, Fideicommissaria, bonorum, vel hæreditatis petitio, &c. de quibus suo loco. Unde consequens est, Rei vindicationem soli Domino per se loquendo, competere: & quemadmodum alius est Dominus directus, alius habens dominium utile, ità Domino directo datur Rei vindicatio directa, habenti dominium utile datur Rei vindicatio utilis, ut sunt, Vasallus, Emphyteuta, Superficiarius. Dixi: *per se loquendo.* Nam

47. QUÆRITUR 1. An nulli nisi Domino, seu directo, seu utili Rei vindicatio saltèm utilis à Iure concedatur. ℞. Concedi, & primò quidem illi, cui Dominus proprietatis actionem cedit, vocatúrque *Cessionarius*: hîc inquam habet Rei vindicationem tam directam, quàm utilem, sed diverso respectu, directam ex persona, & vice ipsius Cedentis: utilem verò ex propria Cessionarii persona, quæ illi sine domi-

 nii

nii translatione conceditur in eum finem, ut si fortè non posset vindicare nomine cedentis (quia v. g. defunctus est sine hærede, vel ex alia causa repelli posset) æquitate suadente, contra Iuris rigorem haberet utilem rei vindicationem nomine proprio, sicque à Iure fingitur esse Dominus: *L.* 5. *&* 8. *C. de hæreditate, vel actione vendita.* ibi. *Quamvis utiles etiam actiones adversus debitores hæreditarios emptori tribui placuit.*

48. Secundò, datur utilis rei vindicatio illi, qui alteri aliquid dedit, ut alimenta reddantur, si illa non præstentur: talis, inquam, non solùm habet condictionem ob causam datorum (quæ est actio personalis) sed etiam illi conceditur utilis rei vindicatio. *L.* 1. *C. de donationibus, quæ sub modo.* Sic habet. Si doceas, nepti tuæ eâ lege esse donatum à te, ut certa tibi alimenta præberet: vindicationem etiam in hoc casu utilem, eò quòd legi illa obtemperare noluerit, impetrare potes, id est, actionem quâ dominium pristinum tibi restituatur. Nam non solùm condictio quidem tibi in hoc casu, id est, in personam actio Iure procedit, verùm etiam vindicationem quoque divi Principes in hoc casu dandam esse sanxerunt.

Tertiò, simi iter datur Sponso, vel Sponsæ, si quid alteri ob nuptias secuturas dedit, & per accipientem stetit, quominus nuptiæ sequerentur. *L. cùm veterum* 15. *C. de donationib. ante nupt.* in fine: ibi. *Quodsi sponsa, vel is in cujus agit potestate, causam non contrahendi matrimonii præbuerit, tunc sponso ejusque hæredibus sine aliqua diminutione per condictionem, aut per utilem actionem in rem redhibeantur.* Ubi glossa notat, hoc provenire ex tacito pacto, de reddendis hujusmodi donationibus, si matrimonium non sequatur per factum accipientis.

49. Quartò, datur illi qui à Republica vel Fisco ad tempus conductum fundum habet, ita habetur: *L.* 1. §. 1. *& l. ult. ff. si ager vectigalis, id est, emphiteuticarius petatur.* ibi. *Qui in perpetuum fundum (vectigalem seu emphyteuticarium) fruendum conduxerunt à Municipibus, quamvis non efficiantur domini, tamen placuit competere eis in rem actionē adversus quemvis possessorem, sed & adversus ipsos municipes.* & deinde l. 3. *Idem est, & si ad tempus habuerint conductum, nec tempus conductionis finitum sit.* ità tamen si vectigal solvant.

50. QUÆRITUR 2. An aliquando verus dominus volens rem suam vindicare, possit exceptione repelli. ℞. Affirmativè. Repellitur enim primò exceptione transactionis. 2. Jurisjurandi. 3. Rei judicatæ. 4. Exceptione doli mali, si scilicet, qui vendidit rem non suam, postea ejusdem rei dominus factus vellet ab emptore evincere, cùm tamen ipse venditor teneatur de evictione: unde juris regula est: quem de evictione tenet actio, eundem agentem multò magis repellit exceptio. *L. vindicantem ff. de Evictionibus.*

51. QUÆRITUR 3. An rei vindicatio detur solùm adversus verum possessorem. ℞. Dari contra quemcunque detentorem, qui restituendi habet facultatem. *L. officium* 9. *ff. h. tit. in fine.* ubi dicit Vlpianus contra Pegasum, etiam à nudis detentoribus vindicari posse. & ex contextu clarum est, mendosa esse exemplaria quædam vulgaria, quæ habent: *Peti non posse.* Confirmatúrque clarè ex *L. si venıri.* §. *in bonis. ff. de privil. credit.* ibi *si nummi exstent vindicari eos posse puto à depositariis.* Unde hac actione, etiam qui alieno nomine possident, ut Commodatarius, Depositarius, Conductor, &c. conveniri possunt, ità tamen ut illis spatium indulgendum sit, intra quod auctori, hoc est, cujus nomine possident, denuntient, litem sibi de proprietate motam esse: qui si ad præfixum diem definiendæ causæ non adfuerit, summatim discusso negotio coguntur alieno nomine possidentes rem petitam restituere, & absentes possessionem amittunt, *L.* 44. §. 2. *ff. de acquirenda pos.* (quidquid contradicat Hunnius *d.* 15. *th.* 4. *q.* 14.) ibi. *eámque amitti nobis quoque ignorantibus.* ac postea venientes habent quidem actionem de proprietate salvam, sed ità ut jam actoris partes sustinere debeant, ut Interpretes colligunt ex *l.* 1. *&* 2. *C. Vbi in rem actio.* & hoc solùm probant Jura ab Hunnio allata. Lex. 1. sic habet. *In rem actio non contra venditorem, sed contra possidentem competit. Frustra itaque desideras non tecum congredi, sed cum auctore tuo dominium vindicantem, cùm te possidere contendas. Nam si denuntiâsti ei, qui tibi vendidit, intelligis, evictionis illi periculum imminere.* Quod verò attinet ad secundam legem *eod.* advertendum est, quòd expressè loquatur de re immobili. *Si quis alterius nomine quolibet modo possidens rem immobilem, litem ab aliquo per in rem actionē sustineat, debet statim in judicio autorem nominare, ut certo dierum spatio à Judice definiendo, eoque ad notionem ejus perducendo, vel ipse in loca, in quibus prædium situm est, pervenens, vel procuratorem mittens, actoris intentiones excipiat.* Unde mihi probabile est contra Bartol: & Cynum, detentorem rei mobilis non juvari hac constitutione, ut auctore nominato liberetur, quia non est rescripta ad certam facti speciem, sed est generalis, inscripta *ad universos provinciales.* glossa quidem ait. hodie idem in re mobili obtinere, per authent. *quà in provincia C. ubi de criminib. agi oportet.* sed statim iterum quasi seipsam corrigens addit, hanc auth. loqui de alio casu.

52. Dixi sup. *qui restituendi habet facultatem.* Unde contra sequestrem non datur hæc actio, quia restituendi facultatem sine Iudicis jussu non habet. *c. examinata. de Judiciis.* ubi dicitur aliquis ineptè instituisse rei vindicationem petendo sibi adjudicari Ius patronatûs, dum Ecclesia esset sequestrata. legatur glossa.

52. QUÆ-

53. QUÆRITUR 4. An hæc actio detur contra solum verum detentorem. ℞. Dari etiam contra eum, qui licèt reverâ non detineat, nec possideat ullo modo, juris tamen fictione perinde censetur, acsi possideret. Talis est. 1. qui se liti offert: hic inquam rei vindicatione conveniri potest, si actor ignoraverit, eum non possidere, vel si se offerendo fecit, ne verus possessor conveniretur. *l. 25. 26. & 27. ff. de rei vindic.* Talis item est 2. qui cùm possedisset, dolo malo desiit possidere: *l. 25. & seqq. cit.* unde actori datur optio, ut convenire possit vel eum qui dolo desiit, vel eum qui de facto possidet. Et quidem si post litem contestatam desiit possidere, certum est. Sed quid si desiit dolo possidere post primam citationem ante litis contestationem? *Zasius in* §. 1. *J. de act.* negat fore locum rei vindicationi, sed solùm actioni in factum *ex tit. de alienat. judicii mut. causâ factâ.* Miror tamen, quòd hic auctor non advertit clarum textum in cit. *l. 27. §. 3.* qui sic habet. *Sed & is qui ante litem contestatam dolo desiit rem possidere, tenetur in rem actione, idque ex Senatûs consulto colligi potest, quo cautum est, ut dolus præteritus in hæreditatis petitionem veniat: cùm enim in hæreditatis petitione, quæ & ipsa in rem est, dolus præteritus fertur, non est absurdum, per consequentias & NB. in speciali in rem actione, dolum præteritum deduci.* Illud ecquidem concedendum est, quòd contra hæredes illius qui dolo malo desiit possidere, tunc solùm detur hæc actio, si post litem contestatam desiit. arg. l. 55. ff. h. t. *Si possessor fundi ante judicium acceptum duobus hæredibus relictis decesserit, & ab altero ex his, qui totum fundum possidebat, totus petitus fuerit, quin in solidum condemnari debeat, dubitari non potest.* Si verò ante litem contestatam, dabitur contra hæredes actio in factum, si ex dolo locupletiores facti sunt, ut constat ex dictis præced. tract. & tradit Arnold. Rath. th. 53. Scio Hunnium *l. c. q. 17.* circa finem etiam tunc admittere rei vindicationem, sed *lex 4. ff. de hæredit. petit.* quam adducit, nihil ad rem facit: nam ita habet. *Si hæreditatem petam ab eo, qui unam rem possidebat, de qua sola controversia erat, etiam id, quod postea cœpit possidere restituet.* nihil hîc de rei vindicatione contra hæredes illius qui dolo desiit possidere.

54. QUÆRITUR 5. An hac actione præter rem ipsam principalem v. g. fundum, adhuc aliquid aliud petatur. ℞. Peti etiam accessiones, quæ factæ sunt per alluvionem, inædificationem, ususfructûs cum proprietate consolidationem, partus, fructus, & denique lucra per causam rei petitæ possessori acquisita, v. g. hæreditas per servum. *l. 20. ff. eod. Præterea restituere debet possessor, & quæ post acceptum judicium per eum non ex re sua acquisivit: in quo hæreditates quoque legatáque, quæ per eum servum obvenerunt, continentur, nec enim sufficit corpus ipsum restitui, sed & opus est, ut causa rei restituatur, id est, ut omne habeat petitor, quod habiturus foret, si eo tempore quo judicium accipiebatur, restitutus illi homo fuisset.*

Sed hîc dubium nascitur: si actor prætermisit petere fructus & accessiones, & solummodo petiit rem principalem, an Iudex nihilominus de illis pronuntiare debeat. Affirmat cum Bachovio, Harpprecht §. 2. *J. de off. Judic. n. 7. arg. L. plus est. 22. & L. restituere. 35. ff. de V. S. L. cùm fundus. 31. in pr. ff. de rebus credit. c. conquerente. 7. & c. gravis. 11. de Restit. spol. can. nullus. 3. causâ 2. q. 2.* Distinguit cum VVesenbecio Casparus Manzius. §. 1. *J. de Act. n. 42* si enim post litem contestatam primùm fuerint percepti, ait esse adjudicandos, secùs, non esse adjudicandos. Ratio habetur in *L. ædiles 25. §. item 8. in pr. ff. de ædilitio Edicto & redhibitoriâ:* ibi. *Judici statim atque Judex factus est* (hoc est, statim atque de causa cognoscere incipit) *omnium rerum officium incumbit, quæcunque in judicio versantur: ea verò quæ ante judicium contingunt, nõ valde ad eum pertinent, nisi fuerint ei nominatim injuncta.*

55. QUÆRITUR 6. An detentor, condemnatus restituere, statim restituere teneatur, vel potiùs gaudeat induciis quatuor mensium, qui debitoribus condemnatis ad solutionem indulgentur *l. 2. & 3. C. de usur. rei judic. L. fin. C. de execut. rei jud.* Respondetur, posse eum quidem inducias petere, sine frustratione tamen sive calumnia, esséque aliquod tempus indulgendum, ita tamen, ut priùs caveat de litis æstimatione solvenda, dato fidejussore de restituendo intra tempus indultum §. 2. *versu: sed si possessor J. de off. Jud. Sed si possessor neget in præsenti se restituere posse, & sine frustratione videbitur tempus restituendi causâ petere, indulgendum est ei, ut tamen de litis æstimatione caveat cum fidejussore, si intra tempus quod ei datum est, non restituerit.* Verùm hoc tempus certum non est, sed arbitrio judicis definiendum relinquitur. *arg. l. 1. ff. de Jure delib.* §. 1. & 2. Ait Prætor. *Si tempus ad deliberandum petes, dabo. Cùm dicit tempus, nec adjicit diem, sine dubio ostendit, esse in jus dicentis potestate, quem diem præstituat.*

QUÆRITUR 7. Et curiosè quidem ab Interpretibus, quisnam sit ille casus, cujus meminit Iustinianus Imp. *in* §. 2. *Instit. de actionibus.* in fine, dum agens de rei vindicat. dicit, aliquando, & quidem uno casu (quem tamen non assignat) hanc actionem institui ab eo qui possidet, quod ideo paradoxum videri potest, quia vindicatio eò tendit, ut dominus rem suam recipiat à possidente. si ergo jam possidet, ad quid opus vindicatione? verba Iustiniani sunt. *Sanè uno casu, qui possidet, nihilominus actoris vices sustinet: sicut in latioribus Digestorum libris opportuniùs apparebit.* Sed hoc videtur idem esse ac mittere ad quærendum raræ indolis pisciculum in vastissimo oceano. Arnoldus Rath subtiliter advertit, non aliò quàm ad titulum proprium Digestorum, qui est: *de Rei Vindicatione;* nos à Iusti-

Iustiniano mitti, ubi lege. 9. dominus simul & possessor rem suam vindicat à Depositario, Commodatario, Conductore: nam isti non possident juridicè, sed solùm rem detinent (quæ solet possessio asinina dici) & per illos possidet dominus: quia tamen habent restituendi potestatem, conveniri possunt rei vindicatione.

Dices. Si Imperator de hoc casu loqui voluisset, non debuisset dicere esse unicum casum: sunt enim hac ratione plures, & valde frequentes. Ad hoc responderi posset primò, cum Antonio Fabro, textũ esse mendosum, & esse omissam particulam negativam: *Non.* ut legendum sit: *Sanè non uno casu.* Quia tamen non omnibus placet Iuris correctio, ideo responderi potest 2. cum citato IureConsulto Arnoldo Rath, th. 64. quòd licèt casus iste contineat sub se plures species, scilicet respectu Deponentis, Commodantis, Locatoris, & similium, omnes tamen istæ reducendæ sint ad unum casum genericum, nempe ut vindicari possit à possessore res sua, quando quis ità possidet, ut tamen ipse Dominus rei non insistat, nec actu apud se detineat, sed ea detineatur ab alio, qui tamen non possideat Iuridicè. Et licèt in loco domicilii contra talem, qui (ut supponitur) fatetur se non possidere rem ut suam, detur actio personalis, v. g. ex Deposito, Commodato, Locato, si tamen extra locum contractûs & domicilii versetur, opus erit rei vindicatione, si restituere recuset, nec sit consuetudo arrestandi, ut idem auctor declarat.

QUÆRITUR 8. An & quomodo unâ rei vindicatione possint res plures simul peti. Ratio dubitandi provenit ex diversitate legum, quarum aliquæ requirunt, ut singulæ res corporales singulatiter vindicentur, & singulatim designentur. Sic loquitur lex 6. ff. h. t. *Si in rem aliquis agat, debet designare rem, & utrum totam, an partem, & quotam petat: appellatio enim REI non genus, sed speciem significat.* Aliquoties autem jam monui, quòd speciem Iura vocent id quod Philosophi dicunt individuum. Hinc etiamsi plures res possint quandoque uno generali vocabulo, vel plurali, aut collectivo comprehendi, v. g. vocabulo *Armamenta* significantur non solùm arma, quæ in navi sunt, sed etiam alia instrumenta, ut remi, vela, antennæ, rudentes, clavus, & alia hujusmodi, non tamen possunt omnia sub hoc generali vocabulo vindicari, ut habetur lege. 3. §. 1. ff. h. t. *Armamenta navis singula erunt vindicanda, Scapha quoque separatim vindicabitur.* Idem de supellectile dicendum est. Ex alia parte certi Iuris est, posse Gregem, Armentum, sub uno vocabulo vindicari, nec esse necesse singula gregis capita enumerare, & designare: adeo quidem, ut gregem pro meo vindicare possim, non solùm si singula gregis capita mea fuerint, sed etiam si majorem in eo numerum habeam, nec omnia pecudum capita mea sint, quia à potiori fit denominatio, & ideo potest simpliciter dici grex ad me pertinere. L. 2. ff. h. t. *Sed si par numerus duorum interfuerit, neuter solidum gregem, sed ne partem dimidiam totius ejus vindicabit* (quod intelligendum, si casu fuerit facta commixtio, & ideo grex non est factus communis) *sed si majorem numerum alter habeat, ut detracto alieno nihilominus gregem vindicaturus sit, in restitutionem non veniunt aliena capita.*

Restat discrimen assignandum, cur non pariter possint omnia navis instrumenta sub uno vocabulo *Armamentorum* vindicari, sed debeant singula enumerari, & tot esse vindicationes, quot res individuæ. Augetur difficultas ex eo, quòd leges expresè hoc ipsum negent in Peculio, quod v. g. alicui legatum est: negant, inquam, posse sub uno Peculii vocabulo vindicari, sicut Grex: ità habet lex 56. ff. h. t. *Vindicatio non ut Gregis, ità & peculii recepta est: sed res singulas is cui legatum peculium est, petet.* Et quamvis inter Peculium & Gregem possit, & soleat à Jureconsultis post glossam speciale discrimen assignari, nempe, quia Peculium non solùm res corporales, sed etiam incorporales potest complecti, quæ tamen non vindicantur, hoc tamen discrimen non tollit difficultatem, quia non procedit in armamentis, & in supellectile, quæ etiam omnia sunt corporalia, sicut omnia capita Gregis.

Magìs ergo universale discrimen videtur esse, quòd Iura nolint ea vindicari sub generali vocabulo, quæ constant partibus notabiliter disparatis, dissimilibus, ad diversos usus destinatis, adeoque non solùm physicè, sed etiam moraliter heterogeneis, & neque à natura, neque ab arte ad unum totum constituendum ordinatis, ut ordinantur partes domûs.

QUÆRITUR 9. An tanta debeat esse certitudo & designabilitas rei vindicandæ, ut omnem certitudinem excludat, v. g. an quis possit vindicare partem aliquotam, v. g. dimidiam, tertiam, quartam alicuius fundi sibi cum aliis communis: quo casu illa pars debita non est determinatè designabilis, quia nulla determinata debetur præ aliis, cùm totus fundus indivisim sit communis. ℞. Sufficere illam certitudinem, vi cujus Judex certò intelligere possit, in quo determinato corpore, & quantum petitori adjudicandum & restituendum sit. Unde in casu posito est locus Vindicationi partis. Colligitur ex lege 3. jam citatâ. ff. h. t.

QUÆRITUR 10. An, & quatenus possessor teneatur de re post litem contestatam extinctâ, seu destructa. ℞. *Si* periit res culpâ possessoris, & quidem civili, (nec opus est culpâ Theologica, si v. g. putavit esse rem suam, sed negligenter custodivit, cùm ex tacita conventione post litem contestatam teneretur diligentiùs custodire) tenetur culpæ nomine, & ad litis æstimationem condemnabitur. Lege. 39. §. 1. ff. h. t. *Qui in rem convenitur, etiam culpæ nomine condemna-*

demnatur. Si verò casu fortuito periit, distinguendum est inter malæ & bonæ fidei possessorem: prior enim adhuc tenebitur perinde ac si res exstaret, non item posterior. Ratio differentiæ est, quia prior in re restituenda culpabilem moram facit, non item posterior. Cæterùm hoc quod dictum est de malæ fidei possessore, intelligendum est secundùm ea, quæ præcedente tractatu n. 396 dicta sunt, nempe, si res non fuisset eodem modo apud Dominum peritura. videantur ibi dicta.



CAPVT II.

DE JVRE SERVITVTVM TAM PERSONALIVM, QVAM REALIVM.

CONTROVERSIA I.

Circa Servitutes in genere.

SVMMARIVM.



Diximus præter Dominium dari, & alia Iura in Re: inter quæ primo loco referri solent servitutes. Non loquimur autem hîc de servitute Mancipiorum, sed de servitute quâ aliæ res aliis servire dicuntur, & sunt vel Personales, vel Reales.

§. I.

Quomodo servitus in genere definiatur.

56. Varias definitiones afferunt Iuris Interpretes, ex quibus mihi præ aliis placet definitio Hieronymi Treutleri, *vol. 1. d. 17. th. 1. litt. A.* Servitus in genere, prout præscindit à Personali, & Reali, *est Ius in re alteri* (hoc est Rei, vel Personæ) *constitutum, jus Domini minuens alterius augendi causâ, ut cogatur Dominus, aut quid non facere in suo, aut alterum facientem pati, quatenus commoda utentis requirunt.* Ex qua definitione imprimis confirmatur id, quod suprà contra Recentiorem diximus, omnem servitutem minuere aliquo modo plenissimum Ius Domini proprietatis: quia verò multæ servitutes non minuunt notabiliter, ideo (cùm à potiori fiat denominatio) sæpè dicitur proprietarius esse plenus Dominus, quia parùm pro nihilo reputatur, ut sup. ex Molina notavimus. Contra definitionem

57. Objicies 1. Ex ea sequi videtur, quòd si quis Ius habeat exigendi reditus certos ex tuo fundo, sit constituta servitus in tuo fundo, quia cogeris pati, ut inde reditus accipiam. consequens autem est contra *legem ult. §. ult. ff. de contrahenda empt.* ubi expressè dicitur, quòd tali fundo vendito emptor non teneatur ad solven-

vendos illos reditus: teneretur autem, si haberet servitutem. ℞. Negando Sequelam, quia Ius exigendi reditus ex certo fundo, est tantùm Ius personale, neque liceret te invito fructus ex fundo accipere, sicut liceret, si servitus constituta esset. Hinc rectè dicunt Iuristæ: quoties reditus fructúsve annui ex certo fundo verbis precariis, & ad hæredem relatis ità legantur, ut Legatarius à manu hæredis accipiat, ut hæres præstet, det, &c. Non censetur usufructus relictus, sed annuum legatum. Econtra verò si verba dirigantur ad legatarium hoc modo: *volo, ut Titius ex fundo Tusculano percipiat reditus, vel fructus annuos, ità ut eos ipse capiat.* Servitus legata censebitur, & ad quemcunque dominium fundi pervenerit, servitute affectum manebit, nisi cum proprietate consolidetur. Imò non est opus, additum esse: *ut eos ipse capiat*, quia subintelligitur ex mente testatoris *L. si quis ità* 20. *ff. de Vsufr.*

58. Objicies 2. Potest alicui servitus constitui absque ullo commodo, aut utilitate illius: ergo supervacaneæ sunt ultimæ definitionis particulæ. Ant. probatur ex l. 19. ff. h. t. ubi sic ait Labeo. *Et fundo, quem quis emit, servitutem imponi, etsi utilis non sit, existimo: velut, si aquam alicui ducere non expediret, nihilominus constitui ea servitus possit: quædam enim habere possumus, quamvis ea utilia nobis non sint.* Mirè dissentiunt Interpretes in conciliando hoc textu cum aliis clarissimis, quibus utilitas servitutis requiritur. Talis est imprimis lex 15. *ff. de servit. Quoties nec hominum, nec prædiorum servitutes sunt, quia nihil vicinorum interest, non valet, veluti ne per fundum tuum eas, aut ibi consistas, & ideo si mihi concedas jus tibi non esse fundo tuo uti frui, nihil agitur*, item lex ergo §. 1. *in fine de servit. rust. præd. l. veluti* 6. *eod.* Omissis minùs probabilibus interpretationibus, communior est expeditissima, quæ distinguit inter utilitatem in actu primo proximo, seu quasi in actu secundo, ut Philosophi loquuntur, & utilitatem remotam seu radicalem, seu aptitudinalem. de priori loquitur lex *& fundo*, non de posteriore. Nam etsi de præsenti non sit commodum aquam ducere, eò quòd prædium tuum non egeat nunc aquâ, quis neget tamen, posse in aliquo eventu futuro contingere ut utilis sit aquæ ductus? Hanc interpretationem videtur reipsâ approbare Hunnius, Var. resol. de servitut. q. 11. *in resp. ad* 3.

Objic. 3. Si cui constituatur Ius spaciandi per alterius prædium, in eóque cœnandi præcisè voluptatis gratiâ, tali Iuri convenit tota definitio, & tamen non est servitus, ut habetur *l.* 8. *ff. h. t.* ℞. Negando antecedens: non enim est Ius in re, sed personale, ut habet communis post Accurs. contradicente licèt Zasio, cum pluribus.

59. Objic. 4. Tota definitio convenit Emphiteusi, Feudo, superficiei, non minùs, quàm usuifructui, & tamen non sunt servitutes. ℞. cum Hottomanno, Joan. Dicastillo Jurista, & VVaizenegger, negando antecedens: nam illi utuntur re alienâ non ut alienâ, sed ut propria, & civiliter habentur pro Dominis, eò quòd illis à Iure detur utilis rei vindicatio, quæ non datur Usufructuario. Et ideo Usufructuarius non dicitur simpliciter Dominus, sed quasi, & secundùm quid. Hinc etiam Usufructuarius servitutem imponere fundo non potest, imò nec acquirere, cùm tamen illi priores utrumque possint, ut dicetur.

§. II.

A quibus, & quibus Conditionibus servitus constitui possit.

60. Regula generalis est, omnem eum qui pleno Iure Dominus est, posse servitutem rei suæ imponere, sive inter vivos, sive per ultimam voluntatem. Imò in instanti translationis dominii, quia licèt tunc non sit Dominus absolutus, sufficit immediatè antè fuisse, & nolle transferre dominium plenum, & ità acceptari ab altero, qui proinde acceptando censetur suo prædio servitutem imponere, ut notat Duarenus in *L.* 6. *ff. de Servit. vrb.* & constat ex dictis *cap. præced. Contr.* 2.

61. QUÆRITUR nunc 1. Si Dominium fundi sit commune duobus, vel pluribus, quomodo servitutem constituere in fundo suo possint. ℞. 1. unus solus sine consensu aliorũ constituere non potest. *L.* 2. *ff. de servit. Vnus ex Dominis communium ædium servitutem imponere non potest.* ℞. 2. Si dominium sit commune pluribus non ut singulis sed ut universis, hoc est, constituentibus unam communitatem seu universitatem, tunc sufficit, & requiritur, ut saltèm major pars consentiat. *L. quod major ff. ad municipalem. L. aliud.* 160. §. *refertur ff. de R. J. Refertur ad universos, quod publicè fit per majorem Partem.* ℞. 3. Si verò est commune pluribus ut singulis, tunc omnium consensus, dum in vivis sunt, requiritur, & novissimâ demum cessione reliquæ omnes confirmabuntur inquit JC. Celsus *in L. per fundum.* 11. *ff. de servit. rust. præd.* idem habetur. *L. ult. ff. communia prædiorum.* & hîc habet locum Regula Iuris can: in 6. *Quod omnes tangit, ab omnibus debet approbari.* Additur quidem in lege per fundum. 11. cit. *Benigniùs tamen dicetur, & antequam novissimus cesserit, eos qui antea cesserunt, vetare uti cesso jure non posse.* Sed hoc non aliter verum est, quàm si cedendo voluerunt se absolutè obligare, secùs si solùm sub conditione cessissent, si ultimus etiam consenserit. ℞. 4. Si qui prior cessit, defunctus sit, vel aliter socius esse desiit, antequam secundus cedat, tunc etiamsi secundus postmodùm cedat, non est constituta servitus,

nec

nec cessio defuncti confirmatur, sed opus est ut hæres illius (si etiam fiat socius) consentiat. *L. fin. ff. communia præd.* ibi. *igitur rursus hic actus pendebit, donec novus socius cedat.* ℞. 5. Ad alium casum ex eadem lege. *Ex diverso, si ei qui non cessit aliquid tale* (puta mors, alienatio) *contigerit, ex integro omnes cedere debebunt, tantùm enim tempus eis remissum est quo dare facere possunt, vel diversis temporibus possint, & ideo non potest uni, vel unus cedere.* Sensus est: Sociis ejusdem prædii hoc solùm indultum est, ut non teneantur simul cedere, sed possint successivè, sed non nisi tamdiu quamdiu simul cedere possent si vellent. Atqui hæres defuncti eo tempore quo alter cessit cedere non potuisset, quia necdum fuit socius: ergo, & ille qui prior cessit, de novo cedere debet. Ità interpretatur Jacobus Cujacius ad dictam legem ultimam. ℞. 5. Si duo Domini diversis testamentis eandem servitutem legârunt, tunc ut servitus constituatur, necesse est, ut hæreditas amborum simul adeatur; si enim adeatur diversis temporibus, non constituitur: quia *inutiliter dies legati cedit, nec enim sicut viventium, ità defunctorum actus suspendi receptum est.* inquit ICtus. & hujus ratio subtilis planè est, quia viventes possunt suam voluntatem revocare, quamdiu ergo non revocant, censentur in ea permanere etiam dum ultimus consentit: ergo moraliter censentur simul consentire. at verò defunctus revocare non potest. Hinc sequitur, quòd si unus inter vivos, & quidem prior cessisset, alter servitutem legâsset, illius cessio confirmaretur aditione hæreditatis, quia illa maneret in suspenso. Secùs verò, si vivens cederet post aditam hæreditatem, quia testatoris voluntas non manet in suspenso. ℞. 6. Ususfructus non quidem plenus, sed pro parte potest ab uno Domino solo, sine alterius consensu constitui. *L. 5. ff. de Vsufructu.* ibi. *Vsusfructus & ab initio pro parte indivisa, vel divisa constitui, & legitimo tempore similiter amitti potest.* Ratio est clara, quia perceptio fructuum potest sine incommodo alterius in parte fieri à fructuario, sicut facta esset ab eo qui servitutem constituit. secùs est in servitutibus prædialibus. ℞. 7. In casibus positis, quibus cessio testamentaria confirmari non potest cessionibus posterioribus, datur adversus hæredem actio personalis ex testamento, ut ipse reliquorum cessionem confirmet.

62. QUÆRITUR 2. An Proprietarius possit imponere servitutem fundo suo, in quo jam alius usumfructum constitutum habet? & quidem posse imponere servitutem nihil penitùs præjudicantem Usufructuario, certi Iuris est ex *l. 16. ff. de Vsufr.* ubi exemplum affertur. *veluti si talem servitutem vicino concesserit, jus sibi non esse altiùs tollere.* Ratio ulterior est: quia Usufructuarius jam ancedenter prohibetur altiùs tollere invito proprietario: ergo nihil præjudicii subit, si Dominus fundi hanc servitutem in favorem alterius fundi imponit. Sed difficilis quæstio est, an servitutem cum præjudicio Usufructuarii imponere possit consentiente Usufructuario? Et si rationem consulamus, indubitanter affirmandum videbitur. Si enim Usufructuarius potest totum usumfructum Domino proprietatis cedere, si antecedenter ad constitutionem ususfructûs poterat alia servitus imponi, & cum usufructu durare, si cessio unius Domini potest confirmare cessionem priùs ab altero factam, cur non possit Usufructuarius consentire in servitutem novam, quamvis ipse solus nullam constituere possit, cùm non sit Dominus? an non quis Iuri suo renuntiare potest.

63. Propter has rationes Franciscus Connanus, & Pinellus affirmant fieri posse. Sed his refragatur textus apertus in l. 15. ff. de usufructu: §. ultimo in fine his formalibus. *Proprietatis Dominus ne quidem consentiente fructuario servitutem imponere potest.* Respondent citati AA. textum esse corruptum, & esse legendum: *Non consentiente fructuario.* Verùm, præterquam quòd exemplaria diversissima, quæ inspexi, omnia legant textum ut retuli, resistit lex 17. quæ sic habet. *Locum autem religiosum facere potest consentiente fructuario, & hoc verum est NB. favore Religionis.* ecce! si favor Religionis non esset, ne quidem consentiente Usufructuario posset.

Diversas interpretationes, aut potiùs rationes invenio: quænam vera sit, non facilè dixerim, certum est, singulas posse non leviter impugnari. Aliqui dicunt, hoc ideo fieri non posse, quia Usufructuarius non potest alienare: atqui constitutio servitutis est quædam alienatio: *L. fin. C. de rebus alienand. vel non.* Ità Donellus cum Vasq. Sed contra est: ergo nec posset suo consensu facere locum religiosum. Eodem modo impugnatur ratio Fulgosii, & aliorum dicentium ideo id fieri non posse, quia neuter illorum est perfectus Dominus. Sed contra est, quia satis est quòd simul constituant perfectum Dominum: alioquin nec plures socii simul possent imponere servitutem. Alii ut Harpprecht nimis violenter interpretantur, quòd lex loquatur de consensu quodam generali, non verò de speciali, sic enim potiùs deberet dicere lex, quòd posset imponere consentiente Usufructuario: intelligeretur enim de consensu speciali: de generali enim ex alio capite non posset intelligi per reg: quòd sub generali concessione non veniunt, quæ quis in specie non fuisset concessurus. Alii cum glos: Acurs. respondent legem intelligendá esse, non posse constitui servitutem *manente Vsufructu*: benè tamen eo pereunte per consolidationem. discrimen est, quia in priore casu non maneret salva substantia, quod tamen est de natura ususfructûs. Sed non apparet, quare

non maneat salva substantia in tantum, in quantum Proprietarius vult manere, & semper urget instantia, quòd possint simul facere locum Religiosum. Denique minùs improbabilis est interpretatio, ideo nihil posse consensum fructuarii, quia in tali casu ipse esset principalis constituens servitutem in suum præjudicium; cùm enim præjudicium Proprietario non fiat, nisi exiguum si comparetur cum præjudicio fructuarii, censeretur servitus principaliter constituta à fructuario: hoc autem fieri non potest, quia Usufructuarius non est Dominus: ergo nullam servitutem cedere potest. Quodsi tibi hæc non sufficiant, dicas legem illam esse unam ex iis de quibus loquitur lex: *non omnium. ff. de Legib. Non omnium, quæ à majoribus constituta sunt, ratio reddi potest.* & in hoc quiescit Hunnius.

64. QUÆRITUR 3. Vtrum Vasallus, Emphyteuta, Superficiarius possint imponere servitutem, etiam non requisito consensu Domini directi. ℞. Affirmativè de omnibus tribus. Ratio generalis est, quia illis conceditur rei vindicatio, & sic loco Dominorum jure nostro habentur, ut patet ex legib. suprà de rei vin. citatis. De Vasallo specialiter habetur *lib. 2. feud. tit.* 8. §. 1. [Quid ergo si (*Vasallus*) pretio vel dolo vel injuriâ servitutē rei beneficiariæ imponi patiatur, & ad Dominum ex qualibet causa beneficium posteà revertatur, an ex eo præjudicium Domino creetur quæsitum fuit, & responsum est, ut Vasallo quidem, donec feudum tenet, possit obesse, Domino autem etsi per longa tempora perseverat servitus, minimè noceat.] De Emphyteuta constat ex *l. 1. ff. quibus mod. usufr. amitt. Proinde traditus quoque Vsusfructus, item in fundo vectigali* (i. e. Emphyteuticario) *vel superficie non Iure* (sed tuitione prætoris) *constitutus capitis minutione amittitur.* De Superficiario habetur *l. 1. §. ult. ff. de superficiebus. Servitutes quoque Prætorio Iure constituentur, & ipsæ ad exemplum earum quæ ipso Iure constitutæ sunt, utilibus actionibus petentur.* Ex quibus textibus constat, resolutâ causâ resolvi hujusmodi servitutem, id est, quamdiu tenet Feudum, &c. Tamdiu competere servitutem.

65. QUÆRITUR 4. An Maritus possit rei dotali imponere servitutem, cùm passim dotis Dominus habeatur, ut suo loco dicemus, & ideo ei rei vindicatio directa competat. *L. dote Ancillam. C. de Rei Vindic.* ℞. Tamen negativè. *L. Julianus. 5. ff. de fundo dotali.* ibi. *Julianus scripsit, neque servitutes fundo debitas posse Maritum amittere, neque ei alias imponere.* Neque mirum esse debet, hoc specialiter in favorem dotis inter sexcenta alia constitutum esse. Idem negatur Tutori, & Curatori. *L. 3. §. pen. ff. de reb. eorum qui sub tut.*

66. QUÆRITUR 5. An aliquando sola Iudicis aut legis authoritate possit in alterius fundo servitus constitui. ℞. Affirmativè. v. g. quando Judex in Iudicio familiæ erciscundæ, aut communi dividundo unum prædium uni, alterum alteri adjudicat, tunc postulante sic prædiorum naturâ, constituere judicialiter potest ut unum alteri serviat, v. g. ut per alterum ire, agere, tignum aut temonem immittere liceat, ut luminibus unius officere non liceat. Ità habetur in lege. 22. §. *Sed etiam ff. fam. ercisc.* ibi. [Sed etiam cùm adjudicat, poterit imponere aliquam servitutem, ut alium alii servum faciat ex iis quos adjudicat.] Idem habetur *L. communi. 7. §. 1. ff. communi divid.* [Neratius scribit, arbitrum, si regionibus fundum non vectigalem divisum duobus adjudicaverit, posse quasi in duobus fundis servitutem imponere.] Item *L. Vsusfructus pluribus. 6. §. 1. ff. de usufructu* Potest in Iudicio fam. ercisc. uni adjudicare proprietatem, alteri usumfructum.

67. Denique authoritate legis constituitur ususfructus patri in bonis adventitiis filiifam. matri ad secundas nuptias transeunti in certis bonis à primo marito acquisitis, vel ex successione unius filii prioris matrimonii. Jura alibi dabimus.

QUÆRITUR nunc 6. An Servitutes constitui possint cum adjectione temporis, vel conditionis. De hoc exstat lex 10. ff. de servitut. Quæ sic habet. [Servitutes ipso quidem Iure neque ex tempore, neque ad tempus, neque sub conditione, neque ad certam conditionem, (v. g. quamdiu volam) constitui possunt: sed tamen si hæc adjiciantur, pacti vel per doli exceptionem occurretur, &c.] Quæ lex imprimis, etsi loquatur universaliter, de solis tamen servitutibus prædiorum est intelligenda: nam de usufructu aliud constitutum est in lege *Vsusfructus 4. ff. de usufructu.* ibi. *& extat, quòd vel præsens vel ex die dari potest. item L. un. §. 3. ff. quando dies ususfruct. & l. 16. ff. fam. ercisc.* Discrimen dant Interpretes, quòd servitutes prædiorum sint Iura prædiorum, ususfructus verò Ius sit personæ, constat autem homini posse Iura dari ex tempore & ad tempus. Posset hoc discrimen pluribus oppugnari, sed non est operæ pretium.

Ut autem lex *Servitutes*: intelligatur, observandum est discrimen illorum modorum constituendi servitutem. Ex die constitui dicitur dicendo: *Cedo iter ex Calend. Juniis.* sensus est. Servitus quidem jam est tuo prædio acquisita (alioquin esset tantùm promissio non constitutio) sed nolo te posse eam exercere, aut vindicare ante Calend. Jun. Ad diem constituetur hoc modo. [Post Calendas non sit tibi ampliùs Ius eundi.] Sub conditione hoc modo. [Cedo tibi iter per fundum, & volo nunc illud tibi acquiri, sub hac tamen conditione, ut tunc primùm liceat eâ uti, cùm & si navis ex India venerit.] Ad conditionem constituitur hoc modo. *Cedo*

iter,

iter, *quamdiu voluero*, *seu*: *donec noluero*. His observatis

Lex *Servitutes* dicit, de Iure civili has adjectiones haberi pro non adjectis, adeoque etiam ante Calend. Iun. liceret de Iure civili servitutem exercere, eámque vindicare: sed tamen tuitione & Iure Prætoris eatenus vim habent, ut, si tu velles Servitutem ante Calend. seu contra pacta enumerata & adjecta exercere, aut vindicare, repelli posses exceptione pacti, & etiam exceptione doli: nam hæc exceptio semper locum habet, quoties aliquid petitur, quod exceptione elidi potest. Utilitas autem præcipua hujus subtilitatis est, quòd si hæ exceptiones initio litis non opponantur, vindicatio vires suas habeat.

68. QUÆRITUR 7. An adjici possit in constitutione Servitutum modus certus utendi. De hoc eadem lex sic habet §. 1. *Modum adjici Servitutibus posse constat*, *veluti quo genere vehiculi agatur*, *vel non agatur*: *veluti ut equo duntaxat*: *vel ut certum pondus vehatur*, *vel grex ille transducatur*, *ut carbo portetur. Intervalla dierum & horarum non ad temporis causam*, *sed ad modum pertinent Jure constitutæ Servitutis.* Quorum verborum ultimorum sensus est, quòd divisio temporis non dividat Servitutem quasi unam faciat ex die, aliam in diem, sed sit una eadémque Servitus, cujus usus ex conventione certo aliquo tempore intermittitur. Aliter se res habet in usufructu, nam divisio temporis dividit usumfructum, ac plures ususfructus facit, & prædium eo tempore, quo non licet uti frui, liberum est. *L. 2. in pr. ff. Quibus modis. ususfr. amitt.*

§. III.

De Iuris Remediis, quæ ratione Servitutum competunt.

NOn erit sermo de actionibus personalibus, quibus Servitutem promissam, sed necdum constitutam constitui petimus, illæ enim generales etiam ad alias obligationes sunt, sed de illis, quæ supponunt servitutes constitutas, vel libertatem.

69. Præcipua autem est actio *Confessoria*, quâ Servitutem impositam persequimur: huic opponitur *Negatoria*, quæ libertatis vindicandæ causâ datur adversus eum, qui servitutem prætendit. *L. 2. ff. Si Servitus vindicet.* ibi. *De Servitutibus actiones competunt tam Confessoria, quàm Negatoria*: *Confessoria ei qui Servitutes sibi competere contendit*, *Negatoria Domino*, *qui negat.* Vnde patet, etiam Confessoriam actionem posse negativis verbis concipi: v.g. si dicas, vicinum habere servitutem altiùs non tollendi, luminibus non officiendi.

70. Definitur Confessoria actio, quòd sit *Vindicatio Servitutis* (addunt aliqui, *alteriúsve Iuris*, *v.g.* Iuris decimandi in alieno agro. ità Jo. Faber, Jason, Mynsin. Harpprecht, Manzius, contra Corasium, sed illa prævaluit) *à Re alterius nobis vel prædio nostro debitæ*, *competens adversus impedientem*, *ad declarationem Juris nostri*, *útque cesset impedimentum facere*, & *eo nomine caveat.* Ex qua constat, eam competere tam pro personalibus, quàm pro realibus servitutibus. Quòd reus conventus cavere debeat, habetur in l. 7. ff. si servit. vin. ibi. *Cautio hæc est*, *vt eum jubeat de reficiendo pariete cavere*, *neque se*, *neque successores suos prohibituros altiùs tollere*, *sublatúmque habere*, & *si caverit*, *absolvetur*; *Si verò neque rem præstat*, *neque cautionem*, *tanti contemnet*, *quanti actor in litem juraverit.* Ideo autem cautio requiritur, quia sine hac non satis consultum esset actori, si reus nunc quidem ab impediendo desisteret, paulò pòst autem iterum repeteret molestiam, & ad denuò agendum necessitaret. Quòd si per impeditionem damnum aliquod passus est actor, petit insuper eâdem actione, ut damnum, seu interesse præstet, hoc est, quantùm interest actoris, servitutis usum non fuisse impeditum.

71. QUÆRITUR 1. Cui nam hæc actio competat. ℞. Directam quidem dari soli Domino directo prædii, aut cui servitus constituta est: utilem verò etiam illis, qui habent dominium utile prædii, ut Vasallo, Emphyteutæ Superficiario. imò etiam Vsufructuario eam competere vult Harpprecht. Oldendorpius verò & Schneidewein, nec non Zasius & Donellus, quos laudat VVaizenegger, subtiliùs dicunt, Vsufructuarium hac actione petere principaliter Ius utendi, fruendi, & hoc ipso in consequentiam venire servitutem rei fructuariæ debitam, utpote sine qua non potest plenè uti & frui: & habetur apertè *l. 1. pr. si ususfr. pet.* ubi dicitur, servitutem eum vindicare non posse, verùm usumfructum vindicaturum, ac per hoc vicinum, si non patiatur eum ire, agere, teneri ei, quasi non patiatur frui: & hoc per regulam generalem. uno concesso omne illud concessum intelligitur, quod sine illo expediri non potest. *L. 2. ff. de Iurisdict.* Insuper datur utilis actio Creditori, cui prædium oppignoratum est. *L. 16. ff. de servit.* ibi. *Ei qui pignori fundum accepit*, *non est iniquum utilem petitionem servitutis dari, sicut ipsius fundi utilis petitio dabitur.* Ex quibus ultimis verbis visum est aliquibus, utilem rei vindicationem etiam Creditori ratione pignoris convenire: sed hoc est contra communem. Quapropter hæc verba glossa intelligit de actione hypothecaria, aitque dici *utilem*, non quasi non conveniat directa, sed ut idem sit, ac *efficacem*. est equidem violenta interpretatio, & arguit Julianum turpis æquivocationis in eodem contextu: sed melior non occurrit. Vtrum Confessoria utilis detur *quasi Domino*, hoc est, illi qui possidet bonâ fide, sed necdum præscripsit, nec potest probare dominium,

minium, aut quasi dominium, constabit ex dicendis de actione *Publiciana*.

72. QUÆRITUR 2. Contra quem hæc actio detur. ℞. Conformiter ad dicta de rei vindicatione, dari contra quemvis injustè impedientem ab usu servitutis, sive sit Dominus prædii sive non. *L. si quis diuturno.* §. 1. *L. uti frui.§.utrum. ff. si serv. vindic.* & etiam contra eum, qui dolo desiit possidere prædium serviens, vel se liti obtulit, ad eum modum, quo diximus de Rei vindicatione. *L. fin. ff. si ususfructus pet. & glos. in v. altius. vers. item sicut ratione pos.*

73. Ex dictis facilè intelligitur, quæ natura sit actionis Negatoriæ, dicitur enim esse actio in rem qua negamus rem nostram adversario, vel fundo ipsius servitutem debere, eámque quoad adversarium liberam declarari petimus, atque etiam satisfieri si per attentatam servitutem damnum aliquod passi sumus. *L. 2. in pr. l. 4. §. Competit. ff. si servit. vin.*

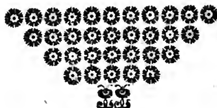
74. Est tamen declarandum, quomodo possit dici actio *in Rem.* Quandoquidem solam negationem servitutis, seu negationem Iuris alieni in re nostra vindicemus. Ad hoc respondetur, quòd non solam negationem quomodocunque vindicemus, sed libertatem rei nostræ, v.g. quòd habeam Ius altiùs tollendi. ità habetur l. 4. cit. ibi. *Competit autem de servitute actio Domino ædificii neganti servitutem se vicino debere.* & paulò infrà: *hoc igitur intendo, habere me Ius altiùs tollendi invito eo cum quo ago, quantùm enim ad eum pertinet, liberas ædes habeo.*

Advertit hìc Ferd. VVaizenegger, post Oldendorpium, cùm Negatoria actione concurrere & alia Iuris Remedia, velut *in factum actio*, si damnum jam datum sit; item *cautio de damno infecto*, antequam damnum detur. *L. si fistulæ.* 18. *ff. de servit. vrb. prædior.* Quamvis expediat *Negatoriâ* potiùs experiri. in exemplo. si sterquilinium juxta parietem meum feceris, ex quo paries meus madescat, possum mihi consulere stipulatione damni infecti, ut ejus damni quod eventurum est, æstimationem solvas: aut actione negatoriâ: sed hoc posterius utilius est, quia damna ejusmodi insensibiliter evenire solent, & malle debemus inundationem averti, quàm postea de damni æstimatione litigare. *L. si quando.* 17. *ff. si servitus vindicetur.*

75. QUÆRITUR 4. An habenti sibi constitutam servitutem competat Ius, quod dicitur: *Novi operis nuntiatio.* Adversus eum qui in fundo serviente cum præjudicio servitutis ædificat. ℞. 1. Vsufructuarium suo nomine non posse novum opus nuntiare, sed nomine procuratorio, quatenus illi commissa est rei servientis cura & custodia, & hoc ipso operis novi nuntiationis mandatum tacitè datũ intelligitur. *L. 1 §. item Jul. ff. de remissionib.* unde patet, quòd adversus ipsum Dominum prædii non competat, sed benè vindicatio ususfructûs, seu Confessoria. Ità habetur *L. c. Item Juliano placuit Fructuario vindicandarum servitutum Jus esse, secundùm quod opus novum nuntiare poterit vicino, & remissio utilis erit: ipsi autem Domino prædii si nuntiaverit, remissio inutilis erit; neque sicut adversus vicinum, ità adversus Dominum agere potest, Ius ei non esse invito se altiùs ædificare, sed si hoc facto ususfructus deterior fiat, petere usumfructum debebit. Idem Julianus dicit de cæteris quibus aliqua servitus à vicino debetur.* ℞. 2. Habenti servitutem realem suo prædio debitam, potest opus novum nuntiare etiam Domino prædii servientis. Ità habetur *L. c.* §. 3. *Jus habet opus novum nuntiandi, qui aut dominium aut servitutem habet.* Clariùs habetur *in l.* 5. §. 9. *ff. de operis novi nunt.* ubi Sextus Pedius laudatus ab Vlpiano dicit, concedi novi operis nuntiationem adversus eum, *qui posteaquam Jus suum diminuit, alterius auxit, hoc est, posteaquam servitutem ædibus suis imposuit, contra servitutem fecit.*

76. Verùm his obstare videtur alius textus in *L. qui viam.* 14. *ff. de novi operis nunt.* ubi Julianus ait. *Qui viam habet, si opus novum nuntiaverit adversus eum qui in via ædificat, nihil agit, sed Servitutem vindicare non prohibetur.* Interpretes plura tentârunt ad hos textus conciliandos, sed admodum divinatoriè, ut legenti patet. Ego mallem dicere, Iulianum fuisse reverâ contrarium Vlpiano, ut satis constat ex ultimis verbis. §. paulò antè citati: *item Juliano.* ubi expressè videtur dicere, quòd habenti quamcunque servitutem, solùm competat actio Confessoria, non autem novi operis nuntiatio, proprio nomine, sed tantùm nomine procuratorio.

De Remediis Possessoriis dicetur in cap. de Iure Possessionis. De modis acquirendi, & amittendi dicetur etiam in propriis locis, præsertim de Præscriptione. Nam hæc omnia sunt generalia, & aliis Iuribus communia.



CON-

CONTROVERSIA II.

Circa Servitutes Personales in specie.

SUMMARIUM.

77. SErvitutum duo sunt genera, aliæ enim sunt & dicuntur Personales, aliæ Reales. Personales sunt, quæ à re aliena debentur immediatè Personæ, à qua, & in cujus utilitatem Dominus illius rei aliquid pati in suo cogitur, & hinc dicuntur Personales, quia Personæ debentur. Sunt autem tres species. Ususfructus, Usus, Habitatio. Reales servitutes sunt, quæ immediatè à prædio alieno debentur prædio nostro. De prioribu in hac Controv.

§. I.

Quid sit Vsusfructus.

78. VSumfructum definit Paulus JCtus in l. 1. ff. de usufr. & Iustin. l. eod. t. *Ius alienis rebus utendi fruendi salvâ rerum substantiâ.* Amplectuntur eam Theologi æquè, ac Iuristæ, excepto Vulteio, qui ait, se à Logicis doctum esse, assume-

assumere propinquius genus, quale non est Ius: cùm multa Iura dentur, quæ non sint servitutes, sed *servitus* est proximum genus. Grandis subtilitas, quæ si in Iuristarum definitionibus curanda esset, quàm paucæ tandem subsisterent? Accedit, quòd sufficienter Ius restringatur ad *servitutem* per illas particulas: *rebus alienis*: quæ si propriè accipiantur, solis servitutibus conveniunt: ut sup. explicatum est, & postea dicetur. Deinde terminus *servitus* est æquivocus, & aliquando accipitur pro Iure (quod claritatis gratiâ vocarent Theologi *servitutem activam*) aliquando pro onere, seu obligatione, seu (ut Iuristæ vocant) pro qualitate quadam morali moraliter inhærente rebus servientibus, & vocari posset *servitus passiva*, ad eum modum quo in priore tractatu Ius distinximus in Activum, & Passivum. Postquam ergo intelligimus, usumfructum esse Ius activum, & servitutem activam, de reliquis videamus.

79. Dicitur: *Ius utendi fruendi*: per quas particulas indicatur differentia illius à servitute *usûs*, nempe, Usufructario non solùm Ius est usurpandi fructus in ea quantitate, quæ ipsi sufficiant pro tota familia, sed insuper capiendi omnes omnino fructus etiam ad emolumentum.

Dicitur deinde. *Rebus alienis.* Quia res sua nemini servit. *L. in re ff. de servit. præd. urb.*

Dicitur denique: *Salvâ rerum substantiâ.* Vnde Vsufructuario cautio Vsufructuaria præstanda est, utendi, fruendíque boni viri arbitratu, & finito usufructu rem eandem restituendi, de qua cautione exstat titulus ff. *Vsufructuarius quemadmodum caveat*, & dicetur infrà. Vnde iterum infertur, non posse usumfructum propriè dictum constitui in rebus quæ ipso usu cosumuntur, ut sunt vinum, oleum, pecunia numerata, &c. sed de his iterum infrà.

Vt autem bonitas definitionis ejúsque cum definito convertibilitas constet, dicendum est, per quid ususfructus differat à Iure Emphyteutico, Feudali, superficiario, à Iure quod Maritus habet in rebus dotalibus, quod conductor in re conducta, Clericus in Beneficio Ecclesiastico, Fiduciarius in fideicommisso.

80. De prioribus tribus ratio discriminis jam superiùs reddita est: quia isti civiliter ut Domini habentur, dum illis proprio nomine rei vindicatio conceditur, & quia servitutes constituere possunt: Fructuario autem neutrum conceditur, & præterea si aliquando utitur Iure Domini, ut cum agitur de damno infecto, de aqua pluvia arcenda, id non proprio sed procuratorio nomine facit. Quodsi in Iure quandoque etiam Feudum ususfructus vocatur, id de usufructu mixto intelligendum, qui non est servitus, sed mixtus, hoc est dominio, vel directo, vel utili conjunctus.

81. De Mariti dominio in re dotali disputabimus acturi de Iure dotium. nunc suppono diversas esse sententias, an sit tantùm civiliter, vel etiam naturaliter Dominus: certum tamen est, esse saltèm civiliter, hoc est Iuris subtilitate, Dominum, dum licet illi soli dotem vindicare: & in Iure notatur tanquam exceptio à communi regula, Maritum non posse dotem alienare, cùm tamen Dominus sit. *J. Quibus alienare licet in pr. Accidit aliquando, ut qui Dominus sit, alienare non possit: & econtra, qui Dominus non sit, alienandæ rei potestatem habebat. Nam dotale prædium Maritus invitâ Muliere per legem Juliam prohibetur alienare, quamvis ipsius sit, dotis causâ ei datum.*

82. Quoad Colonum dicendum est, eum uti frui re conductâ non suo sed locatoris nomine quem habet sibi personaliter obligatum, sed non habet Ius in corpore: *Obligationum enim substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum, aut servitutem nostram faciat, vel faciendum, vel præstandum* inquit ICtus. *L. 3. ff. de O. & A.* constabunt hæc ex tr.: de Contractibus in specie.

83. Quoad Clericum potest solùm moveri quæstio, si aliquod prædium spectet ad ejus beneficium, ex quo fructus colligendi jus habet: & dicendum est, quòd sit dominus talis prædii, illúdque vindicare possit: quodsi ab aliquo injustè impediretur à perceptione fructuum, non ageret Confessoriâ, sed actione injuriarum *arg. legis 25. ibi. cæterùm si post traditionem* (pretii pro vindemia empta) *sive lectam uvam calcare, sive mustum evehere prohibeatur, ad exhibendum*, (quæ est actio præparatoria ad rei vindicationem) *vel injuriarum agere poterit: quemadmodum si aliam quamlibet rem suam tollere prohibeatur.*

84. Denique Hæres Fiduciarius est verè dominus rei fideicomisso obnoxiæ: neque refert quòd habeat obligationem restituendi hæredi fideicommissario seu indirectè substituto: *non ideo enim minus rectè quid nostrum esse vindicabimus, quod abire à nobis dominium speratur, si conditio legati vel libertatis constiterit:* inquit JCtus *in l. 66. ff. de Rei vindic:* Neque obstat quòd in *l. 3. C. communia de leg. §. sed quia*: dicantur fideicommissa esse aliena: nam ex contextu patet, hoc dici respectu futuræ alienationis ex obligatione faciendæ, statimque additur, ideo ea non posse oppignorari, aut priùs alienari, quia Fiduciarius ea non *purè* in suis bonis possidet, hoc est pleno jure.



§. III. *De*

§. II.

De Jure accrescendi conjunctis in Usufructu.

85. Suprà diximus, Servitutem aliam esse legalem, aliam conventionalem, quæ divisio in Ususfructu maximè procedit. Et de priori particulatim suus dicendi locus erit infrà de Patria potestate & secundis nuptiis: nunc de illo qui jure accrescendi acquiritur, aliquid dicendum, quia nullibi erit commodior locus. Itaque

QUÆRITUR 1. An Ususfructus deficiens in uno ex duobus legatariis, accrescat alteri in tribus sequentibus casibus 1. Cùm Ususfructus legatur duobus alternis annis. 2. Si in eodem testamento uni sub conditione legatur, & pendente conditione ab hærede legatur alteri: deinde existente conditione prior usumfructum consequitur, & deinde iterum amittit. 3. Si Ususfructus uno eodémque testamento diversis, sed à diversis hæredibus legatur. R. In nullo ex his casibus dari jus accrescendi. Non in primo. *l. 2. ff. Quib. mod. ususf. amitt.* [Si duobus separatim, alternis annis, ususfructus relinquatur, continuis annis proprietas nuda est: cùm, si legatarium unum substituas, cui alternis annis legatus sit ususfructus, plena sit apud hæredem proprietas eo tempore, quo jus fruendi legatario non est. Quodsi ex duobus illis alter decedat: per vices temporum plena proprietas erit: neque enim accrescere alteri quidquam potest: quoniam propria quisque tempora, non concurrente altero, fructus integri habuit.] Non etiam in secundo. l. 16. eod. [Si sub conditione mihi legatus sit ususfructus, medióque tempore sit penes hæredem, potest hæres usumfructum alii legare, quæ res facit, ut si conditio exstiterit mei legati, ususfructus ab hærede relictus finiatur: quodsi ego usumfructum amisero, non revertetur ad legatarium, cui ab hærede purè legatus fuerat: quia NB. Ex diversis testamentis Ius non contingit.] Non denique in tertio. tunc enim perinde est, acsi duorum testamentis legaretur. *L. pen. de Usufr. accrescendo.* [Cùm singulis ab hæredibus singulis ejusdem rei fructus legatur, fructuarii separati videntur, non minùs quàm si æquis portionibus duobus ejusdem rei fructus legatus fuisset: unde fit ut inter eos jus accrescendi non sit.]

86. QUÆRITUR 2. Utrum universim, quibus conjunctim Ususfructus legatus est, locum habeat Ius accrescendi. Sciendum est, posse legatarios triplici diverso modo conjunctos esse, vel re tantùm, vel re & verbis, vel verbis tantùm. Si re tantùm, vel etiam mixtim, h. e. re & verbis conjuncti sint, convenit inter DD. jus accrescendi locum habere. Difficultas & dissensio magna est, an habeat locum, quando verbis tantùm conjuncti sunt, non item re, eò quòd singulis expressè partes assignentur. v. g. *Titio & Seio fundi Tusculani Usumfructum ex æquis portionibus lego.* quo casu multi volunt, quòd deficiente Titio illius portio non accrescat Seio, sed consolidetur cum proprietate. Rationem dant, quia Testatoris hæc mens fuisse videtur, & celeritatis causâ videtur verbis conjunxisse. Contraria tamen opinio propugnatur à multis, maximè ex eo fundamento, quòd ICtus in *l. 1. §. idem, & §. interdum ff. de Usufr. accr.* simpliciter dicat, Iuri accrescendi locum esse, si conjunctim legatus sit Ususfructus. atqui verbis tantùm conjuncti appellatione conjunctorum non minùs veniunt, quàm qui re aut mixtim conjuncti sunt, ut habetur valdè clarè *l. 142. ff. de V. S.* & adhuc clariùs in l. 89. ibi. [Re conjuncti videntur, non etiam verbis, cùm duobus separatim eadem res legatur: item verbis non etiam re. Titio & Seio fundum æquis partibus do lego. quoniam semper partes habent legatarii: præfertur igitur omnimodo cæteris, qui & re & verbis conjunctus est: quodsi re tantùm conjunctus sit, constat non esse potiorem: si verò. NB. verbis quidem conjunctus sit, re autem non: quæstionis est, an conjunctus potior sit, & magis est, ut & ipse præferatur.] Sensum hujus legis exponit Vivianus hoc exemplo. *Lego Titio & Seio fundum Tusculanum.* Hi sunt conjuncti re & verbis. deinde dico in eod. testamento. *Lego fundum Tusculanum Gaio.* Gaius est prioribus conjunctus re, non verbis. iterum dixi: *Titio prædicto & Sempronio lego pro partibus æquis fundum Tusculanum:* hi sunt conjuncti verbis & non re: mortuo me testatore decessit Titius antequam haberet suam partem dicti fundi, id est, quartam, vel alio modo non est consecutus: ipsius pars accrescet Seio, utpote re & verbis conjuncto. Ponamus jam casum aliter, quòd Titius non habebat conjunctum re & verbis, sed unum conjunctum re tantùm, & alium conjunctum verbis tantùm, tunc uterque eorum habebit jure accrescendi partem Titii, & neuter erit altero potior. Ponamus iterum, quòd Titius habuerit tantùm Collegatarium unum conjunctum verbis tantùm: certè ille solus habebit partem Titii, & potior erit omnibus aliis hominibus. Ex hoc exemplo videtur per doctrinæ consequentiam planè idem dicendum in Usufructu pro æquis partibus legato duobus, verbis conjunctis.

87. Obstare tamen videtur lex penult. citata *ff. de Usufruct. accres:* ubi dicitur quòd jus accrescendi non sit inter illos, quibus ejusdem rei fructus æquis portionibus legatus est. Relictis aliorum interpretationibus, mihi vera videtur quam dat Bacchovius, secutus Ioannem antiquum glossatorem in dictam legem, quòd in illis verbis: *non minùs quàm si æquis portionibus, &c.* loquatur de duobus qui nec re nec verbis conjuncti sunt, sed iis dimidiæ partes ejusdem rei diver-

diversis orationibus relictæ, ità ut mens testatoris facilè colligi possit, non velle esse re conjunctos; nisi enim de hac mente constet, potiùs cogitandum est, quòd testator solùm ideo partes nominaverit, ut declararet, velle se legatariis æqualiter benefacere, sicut si duos hæredes in partibus æqualibus instituisset. vnde Duarenus acutè dixit, interre tantùm & verbis tantùm conjunctos hoc interesse, quòd re conjuncti ex verbis testatoris habeant solidum, sed partes ex interpretatione voluntatis: econtra verbis conjuncti ex verbis habeant partes, ex voluntate verò solidum, adeóque jus accrescendi.

88. Ratio universalis est, quia nisi apertè de contrario constet, semper verba testatoris præsumuntur esse prolata in sensu legitimo seu legistico: atqui conjunctio verbis tantùm facta legisticè significat mentem & intentionem conjungendi etiam re, ut ostendimus: ergo, &c. Major declaratur in casu qui habetur *L. si alii 19. ff. de Vsufr. per legatum dat:* ubi dicitur, quòd si testator uni leget fundum, & alteri ejusdem fundi usumfructum, non censetur voluisse usumfructum adæquatè separare à proprietate (si enim hoc voluisset, debuisset dicere: *Titio fundum detracto usufructu lego.* vel: *Hæres ejusdem fundi usumfructum Seio dato.* sed præsumitur voluisse priorem legatarium consequi proprietatem cum dimidia parte usufructûs, ut habet communis Sent. Iuristarum, quidquid contradicat P. Castro-Palao hìc §. 1. n. 5. malè citans P. Molinam qui non loquitur de hoc casu, sed de casu quo proprietas & usufructus expressè separantur. Ratio præsumptionis est, quia secundùm usum legum vox *Fundus* non significat nudam proprietatem, sed totum quoddam integrale ex proprietate & usufructu causali (& moderni vocant usumfructum conjunctum cum proprietate) ut habetur *l. 58. ff. de V. O. Qui usumfructum fundi stipulatur, deinde fundum, similis est ei qui partem fundi stipulatur, deinde totum: quia fundus dari non intelligitur, si usufructus detrahatur.*

89. QUÆRITUR 3. An concurrant legatarii, si uni est legatus usufructus omnium bonorum, deinde alteri usufructus fundi Corneliani. Respondetur cum Bartolo in *L. quæsitum §. fin. n. 15. ff. de fundo instructo.* negativè. Ratio redditur ex regula generali, quòd Generi per speciem derogetur, quando cadunt super eodem jure. *L. in toto. ff. de R. J.* atqui legatum primum est generale & posterius speciale: ergo illi derogatur, & usufructus fundi Corneliani pertinet totus ad posteriorem. Aliud esset si priori usumfructum omnium bonorum, & posteriori fundum Cornelianum legâsset, tunc enim prior cum posteriore concurreret, quia jura non sunt eadem, ità ut unum sit adæquatè contentum in altero, & tunc regula non habet locum, ut ibid. notat Bart. & post eum Menochius *l. 4. præsumpt.* 104. *n. 34. & seq.* Qui tamen in eo mihi non probatur, quòd velit etiam in priore casu dari jus accrescendi: quia non sunt conjuncti in usufructu fundi Corneliani. Nec ejus ratio convincit. Verum est quòd species contineatur sub genere, si species non excipiatur, nec deroget generi, non item si deroget, atqui in casu posito derogare ipse Menoch. tradit, alioquin concurrerent: ergo ibi non datur Ius accrescendi.

QUÆRITUR 4. Si quis Hæres ex asse scribatur, & alteri legetur usufructus omnium bonorum, an prior in usufructu concurrat? ℞. Negativè per *l. 37. ff. de usu & usufruct. leg.* [Vxori meæ usumfructum lego omnium bonorum usquedum filia mea (*quæ est hæres*) impleat annos octodecim? quæsitum est an prædiorum tam rusticorum quàm urbanorum, & mancipiorum, & supellectilis, itémque Calendarii usufructus ad uxorem pertineat: respondit (Scævola) secundùm ea quæ proponerentur, omnium pertinere.] Ratio est, quia Hæreditas potest juridicè intelligi sine ullo corpore sine ulla perceptione fructuum. *L. hæreditas 50. ff. de petit. hæredit. Hæreditas etiam sine ullo corpore Juris intellectum habet.*

90. QUÆRITUR 5. Si fundus duobus conjunctim legatus sit, tertio usufructus ejusdem fundi, vel econtra, quanta portio singulis cedat, & quomodo procedat Ius accrescendi. ℞. Conjunctos reputari unam personam, & semissem consequi. *L. Sempronius. 26. ff. de Vsufr. leg. & l. 34. ff. de legatis. 1. L. un. §. 10. C. de caducis tollend.* defuncto deinde uno ex conjunctis portio illius accrescet soli conjuncto, quia re & verbis conjunctus est: utroque tamen defuncto accrescet, re tantùm conjuncto, vel si superstes sit legatarius, consolidabitur cum proprietate: quæ omnia deducuntur ex dictis.

§. III.

De Commodis & emolumentis Vsufructûs.

91. AD quatuor genera reducuntur: quæ sunt: *Possessio: Adminicula: Fructuum perceptio: remedia seu actiones pro usufructu introductæ.* De Possessione rei fructuariæ an Vsufructuarius suo vel potiùs Proprietarii nomine possideat, est lis inter Iuristas, & dicetur in seq. capite. & ex dicendis etiam breviter resolvi potest. cùm enim Fructuarius non sit simpliciter dominus, ut dictum est, non potest rem velle possidere ut suam bonâ fide: ergo nec proprio nomine, saltèm in ordine ad effectus possessionis: possidet ergo nomine Proprietarii.

92. Adminiculorum nomine veniunt omnia illa, sine quibus rectè uti frui non potest. Hinc primò, si cui usufructus ædium legatus est, debet hæres præstare vel servitutem itineris, vel

vel etiam viæ prout necessitas postulaverit. *L.* 1. §. *utrum autem. ff. si usufructus petatur.* 2. Lumen quantùm habitantibus necessarium est præstare debet. §. *vet. ibid. & l.* 30. *ff. de usufructu.* [Si is qui binas ædes habebat, aliarum usumfructum legaverit: posse hæredem, Marcellus scribit, alteras altiùs tollendo obscurare luminibus, quoniam habitari potest etiam obscuratis ædibus, quod usque adeo temperandum est, ut non in totum ædes obscurentur, sed modicum lumen, quod habitantibus sufficit, habeant.]

Fructuum percipiendorum nomine non solùm illa veniunt, quæ propriè fructus sunt, ut partus pecorum, frumentum, vinum, oleum, poma & similia, sed etiam quæ aliam obventionis utilitatem habent. Vnde ædium fructu legato ad Fructuarium pertinent omnes reditus, omnes obventiones ex ædificio, areâ, &c. *L.* 7. §. 1. *ff. h. t.* v. g. si vicini ædes ruinosæ sint, Usufructuarius potest exigere cautionem de damno infecto, adeo, ut si nolit hæres cavere, mittatur Fructuarius in possessionem: & si accedat contumacia, jubeatur tandem Iure dominii possidere, ità ut ipsi maneat, etiam finito usufructu: quæ omnia habentur iisdem ferè verbis cit. lege. 7.

93. QUÆRITUR 1. An inter fructus veniat Insula juxta fundum fructuarium nata: vel an saltèm in illa habeat usumfructum. ℞. Neque esse fructum, ità ut Fructuarius dominium illius acquirat, neque in ea habiturum esse usumfructum. *L.* 9. §. *huic vicinus. ff. eod.* ibi. [Placuit alluvionis quoque usumfructum ad fructuarium pertinere. Sed si Insula juxta fundum in flumine nata sit, ejus usumfructum ad Fructuarium non pertinere Pegasus scribit, licèt proprietati accedat: esse enim veluti proprium fundum, cujus ususfructus ad te non pertineat, quæ sententia non est sine ratione. Nam ubi latitat incrementum, & usufructus augetur: ubi autem apparet separatum, Fructuario non accedit.]

94. QUÆRITUR 2. Utrum Laudemium solvendum ratione Emphyteusis à novo Emphyteuta, pertineat ad Vsufructuarium, vel ad Dominum illius castri, vel toparchiæ, in qua alius habet usumfructum, & sub qua existit Emphyteusis. ℞. Pertinere ad Vsufructuarium, ut tradit Julius Clarus §. *Emphyteusis q.* 23. *num.* 5. Ratio est, quia Laudemium est fructus propter rem proveniens, & regula generalis est, proprietarium vivente Vsufructuario nihil utilitatis ex re fructuaria percipere.

95. QUÆRITUR 3. Qui sint fructus sylvæ cæduæ. ℞. Usufructuarium posse cædere, & ligna cæsa etiam ad libitum distrahere: modò non excedat arbitrium boni viri in cædendo, sed eo modo cædat, quo vel ipse Paterfamilias cædere priùs solitus erat, vel per accidens factum sit, quòd parciùs cæderet. *L.* 9. §. *fin. h. t.* & quia quandoque expedit sylvam immaturè cædi, poterit id facere Fructuarius *l.* 49. §. 1. *eod.* Neque obstant illa verba §. *fin. cit. hactenus uti posse ne ex eo vendat.* Nam ex sequentibus constat loqui de casu, quo fundus solus principaliter in usumfructum concessus est, sylva autem solùm accedit, tunc enim sylvâ solùm uti, non autem frui licet.

96. Ex sylva non cædua Fructuarius non nisi pedamenta & ramos ad vineæ usum cædere potest. *l.* 10. *eod.* & *l.* 18. dicitur, in locum demortuarum arborum alias substituendas esse, & priores ad Fructuarium pertinere: Ulteriùs: arboribus evulsis vel vi ventorum dejectis, usque ad usum suum, vel villæ posse Vsufructuarium ferre: nec materiâ eum pro ligno usurum, si habeat vnde utatur ligno: materiam tamen succidere, quantùm ad villæ refectionem posse. *L. arboribus* 12. Non tenetur tamen alias substituere. *L.* 59. Ratio discriminis inter emortuas & evulsas datur, quia contingere posset, & solet, ut vi ventorum ingens strages edatur, & tunc iniquum esset, Proprietarium amittere dominium quod priùs habebat.

97. QUÆRITUR 4. An Vsufructuario liberum sit perceptionem fructuum cuicunque voluerit, vendere, vel potiùs Domino proprietatis volenti emere præ aliis vendere teneatur, sicut Emphyteuta ex natura contractûs Domino directo præ aliis vendit. *L. fin. C. de Iure Emphyteut.* ℞. De Iure communi esse illi liberum vendere cui voluerit. Jure tamen Bavarico L. R. tit. 21. a. 8. exemplo rei Emphyteuticæ sine consensu Domini non rectè alienatur commoditas ususfructûs, & Dominus petere potest, ut sibi potiùs vendatur, quàm alteri, justo tamen pretio quo etiam extraneo vendi posset. Quin eo pretio, quo ipse Fructuarius emit, vendere tenetur non tantùm Domino, sed cuivis extraneo, nisi Dominus in majus pretium consentiat. Quod si nil certi de pretio soluto constat, poterit Dominus, adhibitis peritis, & spectatâ redituum ac utilitatis ratione usumfructum rei vendendæ æstimare, & pretium moderari.

98. QUÆRITUR 5. An & quale factum Fructuarii requiratur, ut fructuum Dominus fiat? Est distinguendum inter fructus, aliqui enim ex sua natura tales sunt, ut non facto hominis, sed à natura separentur, tales sunt partes animalium, & de his non est dubium, editos (excepto partu ancillæ, qui non venit fructuum nomine, ut noti Iuris est) statim fieri Fructuarii. *L.* 28. *ff. de usur. & fruct. in pecudum fructu.* ibi. *& fœtus est sicut lac, pilus, & lana: itaque Agni, & hædi, & vituli statim pleno Iure sunt bonæ fidei possessoris & fructuarii.* Alii fructus sunt, qui per se loquendo solent facto manúve hominis separari excutiendo, secando, metendo, &c. quamvis per accidens etiam quandoque sine facto hominis separantur, ut si sponte decidant poma, vel vento excutiantur. Hoc posito. ℞. Fructus isti, ut

ut statim per separationem fiant fructuarii, debent vel ab ipsomet, vel ab alio ejus nomine separari, & quando maturi sunt, habet Ius separandi non obstante, quòd dum sunt pendentes, aut solo conjuncti, adhuc sint Domini: & factâ separatione statim fiunt fructuarii, etiam antequam in horrea reconditi sunt. *L.* 13. *ff. Quibus modis usufructus, vel usus amittitur.* ibi. [Si Fructuarius messem fecit, & decessit: stipulam quæ in messe jacet, hæredis ejus esse Labeo ait: spicam quæ terrâ teneatur, Domini fundi esse: fructúmque percipi spicâ, aut fæno cæso, aut uvâ ademptâ, aut excussâ oleâ: quamvis nondum tritum frumentum, aut oleum factum, vel vindemia coacta sit. Sed ut verum est, quod de olea excussa scripsit, itá aliter observandum de ea olea, quæ per se deciderit. Julianus ait, fructuarii fructus tunc fieri, cùm eos perceperit: bonæ fidei autem possessoris mox quàm à solo separati sint.] Ex quibus ultimis verbis malè intellectis glossa intulit, requiri ut Fructuarius (secùs possessor) in horrea fructus condiderit. Sed est alius sensus; nempe, hoc esse discrimen inter Fructuarium & Possessorem, quòd fructus fiant possessoris, à quocunque fuerint separati, adeóque etiam à natura, vel vento, imò & à fure. Secùs Fructuarii. Nam fructus hoc modo separati non fiunt hoc ipso fructuarii, sed Domini; quamvis fructuario liceat fructus qui deciderunt colligere, & sic suos facere. Quoad furem quamdiu apud furem fructus sunt, dominium eorum est proprietarii, neque fructuario competit condictio furtiva, sed benè actio furti, quia ipsius interest fructus furtivè decerptos, vel defectos non fuisse. *L.* 12. §. *Si fur.* 5. *ff. h. t.* Quod si fructuarius fructus furto ablatos nactus fuerit, ipsius fiunt. Si verò Dominus ejusmodi fructus separatos collegerit, suos quidem collegit, sed fructuario vel ad eorundem restitutionem, vel ad æstimationem tenetur, ut tradit Sotomayor. in d. l. & sanè satis indicatur in d. §. seqq. verbis. *Vt interim fierent Proprietarii, mox apprehensi Fructuarii efficerentur.*

99. QUÆRITUR 6. Si Fructuarius fructibus jam perceptis decedat ante lapsum totius anni, an fructus percepti in totum ad hæredes fructuarii pertineant, vel pro rata temporis cum Proprietario sint dividendi, v. g. ususfructus est constitutus Titio primo Octobr. & cùm jam fructus collegisset, defunctus est Mense Decemb. an pro rata reliqui temporis, hoc est, octo mensium fructus sunt restituendi Domino, vel ex integro pertinent ad hæredes? In hoc puncto Cujacius l. 4. feud. tit. 30. sententiam tradit prorsus singularem. [Igitur, inquit, sive tempore finiti ususfructûs pendeant fructus, sive à solo separati sint, & ij sive exstent, sive consumpti sint, sive ab ipso fructuario, sive alio modo à solo separati sint: itá ineunda est ratio inter Dominum & fructuarium, ut pro rata præteriti temporis, quo eo anno constitit ususfructus, portio fructuario, vel hæredi ejus præstetur, quod superest Domino.] Quæ doctrina adeo pugnat cum Iuribus tum relatis tum referendis, ut hic Iuris Consultus videri posset novum Ius condere voluisse, & meritò dixerit VVaizenegger, eum graviter hallucinatum esse.

100. Respondendum est, pertinere ex integro ad hæredes. Casus habetur in *L.* 58. *ff. de Vsufructu.* [Defunctâ fructuariâ mense Decembri, jam omnibus fructibus, qui in his agris nascuntur, mense Octobri per colonos (quibus ususfructus locatus erat) sublatis, quæsitum est, utrum pensio (à colonis) hæredi fructuariæ solvi deberet: quamvis fructuaria ante Calendas Martias, quibus pensiones inferri debeant, decesserit an dividi debeat inter hæredem fructuariæ, & Rempublicam, cui proprietas legata est. Respondi (Scævola) Rempublicam quidem cum colono nullam actionem habere: fructuariæ verò hæredem suâ die, secundùm ea quæ proponerentur, integram pensionem percepturum.]

101. Verùm Cujacius pro se argumentatur ex variis legibus. imprimis ex *l.* 33. *ff. de Vsufr.* ubi statuitur, quòd merces operarum locatarum dividenda sit inter hæredem fructuarii, & proprietarium. Idem habetur in *l.* 18. §. *ult. ff. de stipul.* ℞. Facilè, differentiam esse claram inter operas per annum præstandas, & inter alios fructus, qui solent omnes simul certo anni tempore percipi. Operæ sunt quotidiani quodammodo fructus, & ideo non sunt plenè percepti ante finem anni, sicut fructus.

Argumentatur 2. Ex lege *uti frui.* 5. §. *si post litem.* 4. *ff. si ususfructus pet.* ex qua libenter evinceret, posse fructuarii hæredibus deberi etiam partem fructuum non perceptorum: ergo è contrario inferret, posse partem perceptorum deberi proprietario. ℞. Hanc legem nihil ad rem facere, sed hunc esse sensum illius. Fructuarius à Domino fuit impeditus quò minùs fructus perciperet: ideo actione confessoriâ litem movit, quâ pendente mortuus est: quamvis igitur impeditus non perceperit fructus, Iuris tamen fictione perinde habetur acsi percepisset, quia æquitas non patitur, ut Proprietarius ex injuria lucrum reportet, & innocens damno afficiatur.

Argumentatur 3. ex *l.* 7. §. *divortio.* ubi fructus novissimi anni quo stetit Matrimonium, inter Maritum, & uxorem, vel hæredes eorum dividuntur, sive percepti fuerint, sive sint percipiendi, ergo idem de Fructuario dicendum erit. ℞. Iterum negando consequentiam, & paritatem inter Maritum, & Usufructuarium. Nam fructus dotis pertinent ad Maritum pro oneribus Matrimonii: ergo si aliquâ parte anni sustinuit onera, meritò fert partem fructuum pro rata temporis. At verò si extinguatur ususfru-

ctus

ctus fructibus needum perceptis, nulli fructus debentur Usufructuario, quia ex nulla causa peti possunt: sed solùm peti possunt expensæ in rem fructuariam factæ ab usufructuario fructuum percipiendorum causâ: fructus enim intelliguntur deductis impensis per vulgaria. *L. fructus.* 7. *pr. ff. soluto Matrim.* Et hæc de emolumentis Fructuarii, nam de actionibus quæ illi conveniunt jam suprà dictum est, & de remediis possessoriis dicetur c. seq.

§. IV.

De Oneribus Fructuarii.

102. HÆc ad 4. Capita reduci possunt. 1. Tueri rem ne deterior fiat. 2. Præstare stipendia, tributa, alimenta, & similia ad quæ res fructuaria est obligata, vel quæ illi imponuntur. *l.* 7. §. *hactenus. L.* 27. §. *si quid. h. tit.* 3. Cavere, se boni viri arbitrio usurum, &c. 4. Facere inventarium. Itaque

103. QUÆRITUR 1. Ad quam diligentiam teneatur Fructuarius. ℞. 1. & generaliter ad illam, quam solet diligens paterfamilias communiter adhibere. *l.* 65. *ff. de. Vsufr.* Unde meritò inferunt communiter DD. contra Sotomayorem, quòd solùm teneatur de culpa levi, non autem levissima. Ratio est, quia non unicè constituitur ususfructus gratiâ fructuarii, sed aliquo modo etiam gratiâ Domini, quatenus debet huic cautionem præstare, & ex tacito mandato etiam novum opus nuntiare, ut suprà dictum est. In specie loquendo, tenetur reparare si res aliquod vitium contraxit, ædes modicè reficere. *L.* 7. §. *quoniam, & seq. ff. h. t.* sarta tecta conservare, fundum colere, in locum arborum emortuarum (non item vi tempestatis erutarum) alias substituere: rem à furibus custodire. *l.* 52. §. 3. *juncta l.* 2. *ff. Vsufructuarius quemadmod. cau.* item uti debet servitutibus si quæ fundo debentur, ne non usu amittantur. *l.* 15. §. *ult. ff. h. t.* interpellare usucapionem, alioquin rei usucapræ æstimationem debet. *l.* 1. §. *ult. ff. Vsufr. quem ad cau.*

104. Dubium est 1. Ad quam custodiam teneatur Fructuarius quoad pecora in quibus ususfructus constitutus est. ℞. cum distinctione. Vel enim pecora relicta sunt nomine Gregis, aut Armenti, vel singulorum capitum. In primo casu debet in locum capitum defunctorum, vel inutilium alia totidem submittere ex agnatis, si quæ habet: sin minùs, non tenetur aliunde coëmpta submittere, nisi culpa intervenisset. In secundo casu nihil supplere tenetur: oves enim singulæ, v.g. non recipiunt augmentum: sed singulorum capitum est proprius quodammodo ususfructus, ideo morte unius finitur ususfructus ejusdem. *arg. L. ult. quibus mod. Vsusfr. amitt.*

105. Dubium 2. Est: cùm dixerimus, quòd ad modicas impensas in conservationem ædium, &c. teneatur Fructuarius, an si magnas fecit, necessarias, imò, & utiles, possit eas actione negotiorum gestorum repetere à Domino. ℞. Affirmativè. L. 7. C. de Usufr. ibi. *Eum ad quem ususfructus pertinet, sarta tecta suis sumptibus præstare debere explorati juris est. Proinde si quid ultrà, quàm impendi debeat, erogatum potes docere, solenniter reposces.* Ex quibus verbis colligo cum Baldo contra Bartolum, non posse ad has faciendas cogi. Colligitur item, expensas utiles etiam repeti posse, cùm verba sint generalia.

106. Contra hæc tamen graviter objicitur ex *l.* 44. *ff. h. t.* [Usufructuarius novum tectorium parietibus, qui rudes fuissent, imponere non potest: quia tametsi meliorem excolendo ædificium Domini causam facturus esset, non tamen id suo Iure facere potest.] Et l. 61. [Ædificium inchoatum fructuarium consumare non posse placet, etiamsi eo loco aliter uti non possit, sed nec ejus quidem usumfructum esse: nisi in constituendo, vel legando usufructu hoc specialiter adjectum sit, ut utrúmque liceat.] Responsio communis cum glossa est, hoc ideo non licere, quia esset mutare formam rei fructuariæ, sicut mutaret, qui in area poneret ædificium. mutare autem formam non licet, quia sic non maneret salva substantia, sed ex non ædificio fieret ædificium. Quæ responsio an sufficiat dubito. Fortè addi posset, hoc leges specialiter constituisse propter periculum abusûs in ædificando, ad quod multi nimiùm propensi sunt, & quia cogeretur Dominus reddere expensas, qui fortasse mallet ædificium non fuisse absolutum, vel non in talem formam exstructum. Et hæc circa primum genus onerum fructuarii.

107. QUÆRITUR nunc 2. Utrum teneatur Vsufructuarius æs alienum à testatore contractum exsolvere. ℞. Distinguendum est inter usumfructum legatum in re aliqua certa, & singulari, v. g. in fundo Semproniano, & legatum in certa portione totius hæreditatis, vel omnium etiam bonorum. In primo casu non tenetur ad ulla debita solvenda. in secundo casu, hæres deducit æs alienum ab omnibus bonis, cum proportione debita, in quam etiam legatarius consentire cogitur. *L. fin.. ff de usu. & usufr. leg.* ibi. *Nihil interest, utrum bonorum quis, an rerum tertiæ partis usumfructum legaverit, nam si bonorum ususfructus legabitur, etiam æs alienum ex bonis deducetur, & quod in actionibus erit computabitur: at si certarum rerum ususfructus legatus erit, non idem observabitur.* Hinc rectè constitutum est, ut annua legata præstanda sint ab eo cui omnium bonorum ususfructus legatus est. *L. fin.* §. *sin autem æs alienum. C. de bonis quæ lib.* Suo loco adducenda.

 108. Por-

108. Porrò in deducendis debitis ex omnibus bonis ità proceditur ab hærede. primò, fructus si qui exstant in hæreditate, convertit in illum usum: secundò, si illi non sufficiunt, mobilia: quodsi nec hæc sufficiant, immobilia vendit: & in eo quod residuum est, ususfructus ad legatarium ususfructûs omnium bonorum pertinebit, si non excedat dodrantis æstimationem: alioquin hæres detrahendi Falcidiam, sicque usumfructum minuendi jus habet. *L.* 1. §. 9. *ff. ad leg. Falcid.* ibi. *Sed Aristo à veterum opinione recessit: ait enim posse quartam partem ex eo* (usufructu) *sicut ex corporibus retineri.*

In legato usufructu omnium bonorum cum onere solvendi annua legata, sic procedendum ait del Castillo, Sotomayor *de usufruct. c.* 60. n. 5. Primò æstimanda est ex una parte proprietas omnium bonorum mobilium & immobilium, jurium & actionum: ex altera parte fructus qui uno anno deductis sumptibus fructuum causâ faciendis percipi possunt. Secundò, annorum computatio incunda est, quæ habetur in *L. Hæreditatum* 68. *ff. ad leg. Falc.* (& suprà à nobis explicata jam est in primo tract. cùm ageremus de obligatione restituendi pro damno per homicidium dato) ità tamen ut nunquam ampliùs quàm 30. annorum computatio fiat. Ponamus ergo ex. gr. æstimationem fructuum, qui 30. annis percipi possunt, proprietatis æstimationem ità excedere, ut hæres legitimam portionem habiturus non sit, tunc quarta Falcidiæ detrahetur; & cavebit insuper hæres, quòd si fructuarius citiùs moriatur, quàm anni fuêre computati, velit restituere, quod ampliùs consecutus est: contrà fructuarius cavebit hæredi, se plus Falcidiæ nomine præstiturum, si 30. annorum spatium excesserit. Hactenus de secundo genere onerum.

109. QUÆRITUR nunc 3. Cùm per se loquendo cautio præstanda sit usufructuario quomodocunque constituto, quòd velit uti re arbitrio boni viri, & finito usufructu rem restituere, *l.* 1. *ff. usufructuar. quemad. cau.* ubi ad longum describitur & exigitur etiam inventarii confectio. quæritur inquam an & quinam ab hac regula generali excipiantur. ℞. Excipi sequentes. 1. Patremfamilias in bonis adventitiis filii in quibus usumfructum habet. *L. fin.* §. *sin autem in fine C. de bonis quæ lib.* ubi ratio redditur: *paternâ reverentiâ eum excusante & à ratiociniis & à cautionibus, & ab aliis omnibus, quæ ab usufructuariis extraneis exiguntur.* Ergo nec ad faciendum inventarium tenetur. ex comm. opinione, nisi dilapidator esset, aut perversæ conversationis. Excipitur 2. Ille cui ususfructus absolutè, proprietas ex die legata est. *l.* 9. §. *planè ff. t. cit.* ratio est aperta. quia cum proprietas tandem ad eundem perventura sit, ipsius interest, quomodo in usufructu versetur: sibi ipsi autem nemo cavere jubetur.

110. QUÆRITUR 4. An Cautio & Inventarii confectio remitti possit Usufructuario. ℞. Inspectis juribus solus testator legans Usumfructum remittere cautionem (non item Inventarium) prohibetur. *l. pen. C. ut in possessionem legatorum.* ibi. [Scire debemus, fideicommissi quidem & legati satisdationem remitti posse, D. Marcum & D. Commodum constituisse: ut autem boni viri arbitratu is cui ususfructus relictus est, utatur fruatur, minimè satisdationem remitti testamento posse.] Cujus rei ratio reddi solet; quia morituri minùs solliciti sunt de fidelitate legatariorum, & ideo periculum esset, ne in præjudicium hæredis ansam darent malè tractandi rem usufructuariam: hæres autem si remittat, novum beneficium præstat, & legatarium magìs obstrictum habet, potéstque liberiùs monere, si aliquem abusum adverteret. Quæ ratio cùm non procedat in remissione per conventionem inter vivos, consequenter cum communi sent: contra Donellum & Hunnium dicendum est, posse conventione remitti. Adversariorum ratio levis est, dum dicunt, talem remissionem esse contra bonos mores, quia captatur inde ansa malè versandi in re fructuaria. Verùm hoc plus non probat, quàm quòd leges possent prohibere talem remissionem, non quòd ipso jure naturæ sit prohibita, alioquin nec Inventarii confectio remitti posset.

111. Dixi: etiam testatorem posse remittere Inventarii confectionem: quia nulla lex hoc prohibet: lex enim: *scire*: loquitur de sola cautione. Nihilominus benè post Mol. Gutierez, Bertrandum, advertit Palao, quodsi, non obstante remissione testatoris, is cujus interest inventarii confectio, nempe proprietarius judicem adiret, & inventarii confectionem postularet, judex teneretur non quidem solennem confectionem, sed bonorum fruendorum descriptionem summariam præcipere: quam si fructuarius recusaret, esset suspectus de dolo, & proprietarius admittendus esset ad jurandum in litem, ac fructuarius condemnandus, quantùm ille in litem juraverit.

112. QUÆRITUR 5. An usufructuarius fructus faciat suos, quos percipit ante præstitam cautionem post interpellationem à proprietario factam. ℞. Negativè: quia non præstitâ cautione causa ad non causam reducitur, hoc est, titulus percipiendi fructus rescinditur, & dominus rem quasi pleno jure sibi vindicat, adeoque etiam fructus percepti officio Judicis restituendi sunt. *l.* 7. *ff. Usufr. quemad. caveat.* ibi. *Si ususfructûs nomine re traditâ satisdatum non fuerit, Proculus ait, posse hæredem vindicare: & si objiciatur exceptio de re ususfructûs nomine traditâ, replicandum erit.*

113. QUÆ-

113. QUÆRITUR 6. Qualisnam requiratur & sufficiat Cautio. ℞. Rigore juris attento fideijussoria requiritur, & sufficit. Iura enim ubique requirunt *satisdationem*, ut ex legibus citatis liquet: satisdatio autem in Iure est cautio, quæ datis fidejussoribus prebetur. *l. 1. ff. qui satisdare cogantur.* & clariùs *l. 7. ff. de prætoriis stipulationib.* ibi. *Prætoriæ satisdationes personas desiderant pro se intervenientium, & neque pignoribus quis, neque pecuniæ vel auri vel argenti depositione in vicem satisdationis fungitur.* Et quamvis Bartolus & Gothofredus cum gl. hæc verba putent aliud non velle, quàm quòd qui satisdare cogitur, non cogatur loco fidejussoris pignora dare, possit autem si velit: est tamen interpretatio violenta: quamvis verum sit, usu receptum esse, ut cautio pignoratitia etiam sufficiat, ut probat consensus doctorum: & meritò, quia plerúmque plus cautionis est in re quàm in persona. *L. plus cautionis 25. ff. de R. J.*

114. Sed quidsi fructuario nec fidejussoria nec pignoratitia cautio possibilis est, quomodo illi succurrendum erit, ut usumfructum consequatur? Aliqui distinguunt inter fructuarium bonæ & integræ famæ ac probitatis, & inter fidei suspectæ: priorem dicunt admittendum esse ad cautionem juratoriam, posteriori casu sequestrum esse indicendum apud aliquem virum divitem & probum, qui usufructuario fructus concedat. prius responsum putat Castro Palao §. 2. n. 7. post plures celebres Juristas clarissimè colligi ex *l. 1. §. super peculio. C. de assertione tollenda.* sed lex hæc loquitur prorsus de alio casu, à quo (cùm sit correctoria Iuris antiqui ut patet ex contextu) non licet argumentari ad casus diversos. Verba sunt: *Omnes verò qui pro libertate periclitantur, si quidem possunt fidejussorem dare, eum exigi: sin verò reverà datio ejus impossibilis eis sit, hocque Judici manifestè ostendatur, juratoriæ cautioni committi.* Secundum responsum probant ex *L. postquam §. Imperator. V. sed si nec ipse. ff. ut legatorum vel fideicom. ser. ca. cau.* Verùm hoc loco non restringitur sequestratio ad illum qui est suspectæ fidei, sed simpliciter ad eum qui non potest idoneè cavere. itaque hæc responsio non est satis fundata in Iure.

115. Optimus itaque modus succurrendi erit, quem Assessores Cameræ Imperialis observant teste Fachineo *lib. 8. Contr. 40. in fine.* nempe si Hæres vel Proprietarius rem fructuariam penes se retineat, & fructuario certam quantitatem fructuum vel pecuniæ solvat: eúmque hoc nomine, datâ cautione securum reddat. Nam hoc modo utrique, Proprietario & Fructuario consulitur, & neutri de Iure suo quidquam detrahitur.

116. QUÆRITUR 7. Quem effectum habeant duæ clausulæ Cautionis, quarum prima est *in faciendo*, quæ diligens paterfamilias faceret, & *non faciendo* quæ bonus vir non faceret. secunda est, *de Restituendo.* ℞. Quoad priorem clausulam, si fructuarius contravenerit, statim committitur stipulatio, hoc est, statim debet proprietario id quod promissum est: & ex ea semel commissa is cujus fuit proprietas, agere potest, etiamsi proprietatem habere desierit, quia semel commissa stipulatio resolvi non potest. *l. 57. ff. de evict.* Ex secunda clausula committitur stipulatio finito Usufructu. *l. 1. §. 6. & L. 3. ff. Usufr. quemad. caveat.* Ad actorem autem spectat designare rem quæ & quantùm exstet: utrum rem ipsam, an ex causa æstimationem petat: quodsi reus excipiat, aliquid sine sua culpa periisse aut deterius factum esse, hoc ipsi probandum erit. *l. 1. ff. de Exception.*

§. V.

Quomodo Usufructus finiatur aut amittatur.

117. IMprimis finiri lapsu temporis, si in diem constitutus est, constat ex suprà dictis: quia verò regulariter constituitur ad tempus vitæ Fructuarii, hinc est, quòd DD. hunc finiendi modum non soleant sub hoc titulo referre, sicut nec alios aliis servitutibus communes. Circa hunc ipsum tamen finiendi modum benè advertit post Sylvestrum Castro Palao, quòd si tibi legetur Usufructus donec Titius pubertatem nactus fuerit, quòd inquam finiatur ususfructus si tu moriaris ante pubertatem Titii, quia Ususfructus est Ius personale, quod cum persona resolvitur, ut dicetur. Si verò moriatur Titius ante pubertatem, durat ususfructus concessus usque ad illud tempus quo Titius pubertatem adeptus esset, si supervixisset: hæc enim fuisse mens præsumitur cedentis usumfructum. Quodsi terminus positus esset: *cùm Titius uxorem duxerit, vel aliud opus fecerit, &c.* & ante mortuus fuerit, durat ususfructus quamdiu Titius illud opus differre potuisset. Ità isti DD. quod verum esse arbitror, nisi de contraria intentione ex aliis circumstantiis constaret.

118. Primò itaque finitur ususfructus morte naturali fructuarii. *l. 3. §. ult. ff. quibus modis ususfr. amitt. Morte quoque amitti usumfructum, non recipit dubitationem: cùm jus fruendi morte extinguatur, sicut si quid aliud, quod personæ cohæret.* Quodsi ita concessus est, ut ad hæredes transeat, est novus ususfructus, & ità receptum est, ut ad primos tantùm non ulteriores pertineat, *L. antiquitas C. de Usufructu.* ubi cùm Iustinianus retulisset altercationes antiquorum an tale legatum valeret, aliis aientibus, aliis negantibus, ità decidit. [Sancimus, & hujusmodi legatum firmum esse, & talem usumfructum unà cum hærede finiri, & illo moriente, vel aliis legitimis modis eum amittente exspirare. Quare enim iste ususfructus sibi tale vindicet privile-

 gium,

gium, ut à generali interemptione usufructûs ipse solus excipiatur, quod ex nulla rationabili sententia manifestissimum est.] Ex quibus verbis mihi concludendum videtur, quòd etiamsi testator expressè diceret, velle se usumfructum non solùm ad primum, sed etiam ad ulteriores semper hæredes pervenire, quòd inquam legatum eatenus non valeret, ob rationem ab Imperatore allatam, & mox afferendam.

119. Sed quidsi Vsusfructus constituatur Personæ fictæ quæ nunquam moritur, ut est Civitas, aut Vniversitas, aut Municipium? ℞. Talem usumfructum post centum annos finiri. *l. 8. ff. de usu & usufr. legato.* ibi. {Si usufructus municipibus legatus erit, quæritur, quousque in eo ususfructus tuendi sint: nam si quis eos perpetuò tuetur, nulla utilitas erit nudæ proprietatis, semper abscedente Vsufructu, unde centum annos observandos esse constat, qui finis vitæ longissimus esset.] idem habetur *L. 58. ff. de Vsufructu.* nisi Civitas interea destrueretur ita ut desineret esse civitas. *L. si ususfructus civitati. 25. ff. de usu & habit.* tunc enim censetur quasi mortua, & ususfructus extingueretur.

Secundus modus amittendi, finiendíque usumfructum est per Capitis diminutionem, non quidem ampliùs per minimam, ut olim, sed per mediam & maximam. Est enim capitis diminutio (ut hoc obiter dicam) Status mutatio, eáque triplex. Minima, quâ aliquis familiam tantummodo mutat, ut fieri potest per arrogationem, vel emancipationem. Media, qua quis familiam & civitatem amittit, salvâ libertate, ut fit per deportationem aquæ & ignis interdictionem. Maxima est, quæ & familiam & Civitatem & libertatem adimit: quod fit 1. quando quis fit servus pœnæ dum damnatur ad metallum. 2. Quando quis damnatur ad mortem naturalem. 3. Quando libertus ob ingratitudinem revocatur in servitutem. 4. Quando major 25. annis patitur se vendi, ut pretio patiatur. Neque refert quòd authenticâ, *sed hodie C. de donat. inter vir. & vxor.* statuatur, ut damnati ad supplicium non amittant libertatem, sícque hodie non patiantur maximam capitis diminutionem: adhuc enim amittunt usumfructum, quia patiuntur saltèm mediam capitis diminutionem, dum Iura civitatis amittunt, ut contra Gomez advertit noster Molina *d. 9. §. Miror.* Videatur tit. *ff. de capite minutis. & Inst. de capitis diminut.*

120. Ad hunc modum revocatur modus amittendi usumfructum per Professionem Religiosam in Religione incapace stabilium bonorum ac redituum, videlicet in ordine PP. Minorum de Observ. Capucinorum, & Societatis JESU, quæ suis Professis & Coadjutoribus formatis, non succedit. Et factâ professione consolidatur ususfructus cum proprietate: quæ est recepta sententia contra Rodriquez, existimantem, quòd ususfructus, quamdiu professus vivit, pertineat ad hæredes ab intestato. Sed oppositum dicendum est. Quia ususfructus est Ius personæ annexum, & cum eadem extinguitur morte tam naturali, quàm civili, quâ fiat incapax usufructûs arg. *§. finitur Inst. de usufr.* atqui per professionem in Ordine incapaci bonorum & stabilium redituum, persona fit omnino incapax usufructûs, ergo, &c.

121. Aliter utique dicendum est de Religionibus, quarum Monasteria sunt capacia bonorum immobilium, & redituum stabilium, his enim acquiritur ususfructus, quem habuit Professus ante professionem, ísque durat, quamdiu vivit professus. Ratio est, quia omnia Iura & actiones hujusmodi Religiosi factâ professione in Monasterium transferuntur. *Auth. Ingressi. C. de sacrosanctis Eccles.* ibi. *Ingressi Monasteria, ipso ingressu se suáque dedicant DEO: nec ergo de his testentur, utpote nec Domini rerum.*

In hoc ipso tamen puncto Iuristæ aliqui mediam viam ingressi sunt, dixerúntque usumfructum manere apud Religiosum, ut est persona distincta à reliquo conventu, commoditatem verò ad Monasterium pertinere, eo modo quo suprà diximus posse commoditatem ab Usufructuario alteri concedi: quia, inquiunt, non videtur inconveniens, religiosum professum capacem esse proprii, cujus nullam dispositionem habeat, sicut non est inconveniens conjugatum manente vinculo conjugii fieri Religiosum. Ratio autem quasi à priori est, quia ususfructus est Ius Personalissimum inhærens ossibus talis Religiosi. Ità Covarruv. Ant. Gomez, quos sequitur Molina *to. d. 9. §. dubium ulterius*, & probabile judicat Suarez. *to. 3. de Rel. l. 8. c. 13. n. 4.* Ego in hac subtilitate parùm utilitatis, & plus incommodi adverto, & censeo cum communi sententia aliorum, ipsi Monasterio cedere usumfructum simpliciter. Imprimis enim si Monasterio sola commoditas, & non ipsum Ius accederet, acquireret Monasterium merum Ius Personale, & quidem adversus suum Professum: deinde non posset eo invito cedere usumfructum Proprietario; non conveniret Monasterio Actio confessoria, aut negatoria, sed hæc omnia Iura essent penes Professum ut contra distinctum à reliquo conventu: quod tamen est contra clara verba auth. Præterea quæro, an commoditas sit in Monasterium translata purè, & absolutè seu illimitatè, vel aliquo modo conditionatè, & in diem incertum, nempe: *quamdiu talis Religiosus manebit incorporatus tali Monasterio*: si primum dicatur, sequitur, quòd si talis Religiosus ad aliud Monasterium transiret, nulla inde commoditas accederet alteri Monasterio, sed mera gravamina, teneretur enim, v. g. cavere præscriptiones, & alia damna præstare Proprietario: tota autem commoditas maneret apud prius Monasterium, quod est ex se inconveniens. Si dicatur secundum: ergo tota commoditas transfertur in secun-

cundum Monasterium: ergo in effectu idem est, acsi Ius reale esset penes Monasteria, & nihil penitus utilitatis relucet quoad praxin ex horum DD. opinione. Dicendum ergo est, Ius reale esse penes Monasterium prout continens talem personam, cum qua constituit unam personam & hoc non ex hominis, sed Iuris dispositione, ex qua etiam provenit, quòd hujusmodi Monasterium hæreditario Iure, & ab intestato succedat tum ipsi Professo, tum aliis extraneis nomine ipsius Professi. Vnde rectè infert P. Sanchez ex illis quæ suprà docuimus, si ususfructus fuisset illi Professo ità constitutus, ut etiam ad hæredem ipsius transiret, quòd tunc defuncto Professo ususfructus perseveraret apud Monasterium, & esset novus ususfructus durans centum annis Econtra si soli personæ Professi constitutus esset, & talis ante professionem Religionis in testamento commoditatem, vel hæredi relinqueret, vel alteri legaret dependenter à sua vita, Professo defuncto ususfructus extingueretur, ut hìc tradit P. Layman. c. 6. & sequitur ex dictis.

122. Major difficultas, magísque dubium est, utrum si Pater Religionem profiteatur, ususfructus consolidetur cum proprietate, an potiùs acquiratur Monasterio capaci successionis. Consolidari docent Covarruivas *de testam. c. 2. n. 9.* Fachineus *lib. 6. contr.* 12. Cævallos *q. 64. n.* 4. Et del Castillo, Sotomajor, *c. 64. n. 9. & plures refert ac sequitur VVurmserus*, transire ad Monasteriũ affirmant Baldus, Ant. Gomez, Pinellus, Gutierez, Lud. Mol. Azor, Sanch. Suarez, Layman, quos referunt, & sequuntur Ferd. VVaizeneg. & Castro Palao. Est præterea aperta sent. glossa in auth. Idem est: C. de bonis quæ lib. ubi quæstionem sit resolvit. *Item si pater Fructuarius monachatur, an extinguitur ususfructus, quem habet? Videtur quòd sic, cum pro mortuo habeatur. Sed certè non quoad comedendum est mortuus, & ideo non finitur.* Et hæc est ratio. Quiá mors spiritualis non est quoad hanc speciem facti comparanda cum morte naturali: nam naturaliter mortuus non eget alimentis, quorum gratiâ ususfructus patri à lege constitutus est: at verò professus eget: ergo adhuc adest causa concedendi usumfructum: & sanè *Auth. Ingressi* hoc Ius non ademit: cur ergo nos adimamus?

123. Objicitur 1. Saltèm dimidia pars ususfructûs ad filium pertinebit, quandoquidem, ut suo loco dicemus, pater dimittens filium à patria potestate, retinet solam medietatem ususfructûs: atqui per professionem solvitur patria potestas: ergo. ℞. Cùm Ant. Gomez negando paritatem. Aliud enim est, filium à potestate patria exire fa o patris, aliud beneficio legis intuitu professionis, quæ est causa favorabilis: de priore disposuit Imperator quoad medietatem: de posteriore casu nihil, vel potiùs oppositum in *Auth. Ingressi.*

124. Objicitur 2. Vsusfructus fundatur in patria potestate: ergo hac cessante & sublatâ cessat etiam ususfructus. ℞. Distinguendo antecedens. Fundatur in ea in acquirendo usumfructum concedo: in perseverando, nego. Et distinguo consequens: ergo hac cessante cessat ususfructus quoad bona, quæ filius post patris professionem acquirit, concedo, quoad bona priora, in quibus jam semel Ius quæsitum est, nego consequentiam: Confirmatur. Nam si filius profiteretur, etiam cessaret patria potestas, & tamen ususfructus manere totus penes patrem, ut post Sylvest. Ant. Gomez tradit Azor: *cap. 22. q. 5.* cur ergo in nostro casu annectatur ità patriæ potestati, ut hac cessante finiatur? Quod autem ait Fachineus, non esse consentaneum rationi, ut filius à patria potestate liberatus rerum suarum usu careat, est petitio principii, & nimiùm probat, quòd nec dimidiam partem retineret in casu spontaneæ emancipationis: & insuper retorquetur: quia repugnat æquitati; patrem privari usufructu sine justa causa, & in odium Religionis.

125. Objicitur 3. Vsusfructus datur patri à lege propter administrationem: atqui professus non potest ampliùs bona administrare: ergo nec usumfructum habere debet: Confirmat del Castillo: quia lex attendit in persona Patris specialem industriam & affectum erga filium: qualis non est exspectanda à Monasterii Officialibus, qui magìs Monasterii, quàm filiorum utilitatem attendent. ℞. Cum Gutierez, bona esse administranda à Monasterio repræsentante patrem, & cum eo unam personam constituente, & præsumendum potiùs esse, quòd fideliter administrabit. Et sanè etiamsi pater maneret in sæculo, non teneretur per seipsum administare, sed posset per alios, non adhibituros fortasse illam custodiam, quam adhibent Monasteria. Et hæc de secundo modo finiendi usumfructum per mortem civilem, seu statûs mutationem.

126. Tertius modus finiendi & extinguendi usumfructum, est, vel omnimoda rei destructio, vel quoad formam mutatio tanta, ut non ampliùs possit eo nomine appellari, sub quo nomine est ususfructus in ea re constitutus. In exemplis res intelligitur. 1. Ædium ususfructus extinguitur, si corruant, vel incendio pereant. *L.* 5. §. 2. ubi additur: *Certissimum est, exustis ædibus, nec areæ, nec cementorum Vsumfructum deberi.* Hæc enim non appellantur *ædes.* 2. Si ex agro stagnum, vel econtra, ex vinea pratum, ex sylva cædua sationes, ex auri massa vasa fiant, forma mutata est, & ususfructus extinguitur. *L.* 10. §. *agri & seqq. ff. eod.* ubi §. 7. habetur. 3. Exemplum. In navis quoque usufructu si per partes refecta sit, ususfructus non perit: si autem dissoluta sit, licèt ijsdem tabulis, nullâ præterea adjectâ restaurata sit, ususfructus extinguitur, sicut si domus lapsa restauraretur, non propterea rediret ususfructus. 4. Gregis usufructu legato, si usque

usque eò pervenit numerus ovium, ut grex non intelligatur, perit ususfructus, quia desinit grex esse. *L. ult. ff. eod.* & quia 10. oves dicuntur gregem facere. *L. fin. ff. de Abig.* Hinc si non ampliùs supersint decem, consolidabitur ususfructus. Et hæc de tertio modo.

127. Quartus modus amittendi usumfructum, moribus potiùs receptus est, quàm Iure constitutus, nempe si res fructuaria culpâ fructuarii deterior reddita notabiliter est, contra cautionem præstitam; & colligitur à fortiori ex eo, quòd Emphyteuta, & Colonus ob deteriorationem rei Ius suum amittunt, & expelli possunt. *L. 58. §. 1. ff. locati. l. 3. C. eod. Nov. 120. c. 8. de alien. Emphyt. Auth. qui rem. C. de SS. Eccles.* ibi. [Qui rem hujusmodi conductam, vel in Emphyteusin acceptam fecerit deteriorem, aut Emphyteuticum Canonem per triennium non solverit, hac lege repelli potest, ut tamen solvat totius temporis pensionem, & id in quo rem læsit, resarciat, non repetiturus, si quid impendit nomine meliorationis.] Scio in contrarium afferri difficilem legem. *1. §. utiliùs. ff. Vsufruct. quemad. cau.* Sed, ut dixi authoritas & praxis jam prævaluit, & Iure Bavarico tit. 21. a. 17. L. R. ità constitutum est.

Denique ususfructus dicitur finiri per *Confusionem* (quæ solet à Theol. etiam vocari consolidatio, sicut si redeat ad Dominum proprietatis) quando fructuarius acquirit etiam Ius proprietatis, de quo nihil est speciale dicendum.

§. VI.

De Vsufructu impropriè dicto, earum rerum quæ usu consumuntur.

128. HActenus actum est de usufructu propriè, & simpliciter dicto. Nunc agendum est de Quasi usufructu, quem (ut habetur l. 1. ff. h. t.) Senatus voluit esse, & constitui posse, omnium rerum, quæ in alicujus patrimonio sunt, adeóque etiam earum rerum, quæ usu tolluntur, seu consumuntur, aut minuuntur, ut sunt vinum, oleum, frumentum, lana, nam licèt lana non simpliciter absumatur, ejus tamen usus in transformatione consistit: sic etiam pecunia absumi dicitur, quando ejus dominium in alium transfertur, quæ translatio est proprius pecuniæ usus.

129. QUÆRITUR 1. An vestes sint inter illa, in quibus ususfructus propriè dictus constitui potest, an potiùs inter illa, in quibus improprius, & quasi ususfructus constituitur. Ratio dubitandi provenit ex apparente contrarietate legum in hoc puncto. Nam Justinianus in §. *Constituitur. J. h. t.* computat vestes inter ea quæ usu consumuntur, quæque æstimata accipienda sunt à fructuario, adeóque, quæ non debent in se, sed in æquivalenti restitui. Econtra in lege *si ususfructus §. si vestis. ff. Vsufruct. quemad. cau.* Sic habetur. *Si vestis ususfructus legatus sit, scripsit Pomponius, quamquam hæres stipulatus sit finito usufructu vestem reddi: attamen non obligari promissorem, si eam sine dolo malo attritam reddiderit.* Res hæc quoad praxin non habet magnum usum. Conciliarique possunt hæ leges cum Ferd. VVaizeneg. & Castro Palao §. 2. *n. 4. circa med.* dicendo, Justinianum loqui de vestibus vilioribus, ad quotidianum usum deputatis, & brevi absumendis, JureConsultum verò loqui de vestibus pretiosis, raro induendis, & durabilibus, ut sunt vestes scenicæ, lugubres, &c. Quam interpretationem recipit etiam VVurmserus, *Nucl. Jur. Contr. l. 2. tit. 4. Contr. 4.* referens Thesaurum, Besoldum, Harpprecht aliósque, qui dicunt ità fuisse judicatum.

130. QUÆRITUR 2. An quasi ususfructus tantùm constitui possit vltimis voluntatibus, vel etiam inter vivos. Ratio dubitandi est, quia toto hoc titulo. 5. de usufr. rerum quæ &c. semper & unicè de usufructu legato est sermo. Hoc tamen non obstante conveniunt Juris Interpretes contra Connanum, posse etiam inter vivos constitui: nec ratio in contrarium multùm urget: nam leges loquuntur de eo quod plerúmque fit, unde etiam quando loquuntur de usufructu propriè dicto, ferè semper etiam legati mentionem faciunt, quia raro contingit, ut quis inter vivos alteri usumfructum relinquat in rebus suis, solâ proprietate retentâ.

131. Dices: talis ususfructus non differt à mutuo, si fiat inter vivos: si verò vltimâ voluntate legetur, tunc differt in eo, quòd ultimâ voluntate mutuum dari non possit.

Sed contra est: quia etiam hæres à testatore damnari potest ad dandum mutuum, sicut ad usumfructum: hæc ergo Connani disparitas nulla est. Fundamentalis disparitas est, quòd mutuum possit quocunque tempore repeti, modò pecunia mutuata semel fuerit ad finem intentum applicata. Vsusfructus non redit ad proprietatem nisi modis suprà recensitis.

132. QUÆRITUR 3. Vtrum Cautio sit de substantia Quasi ususfructûs. Non est autem quæstio, utrum sit de substantia in eo rigore, ut nec leges potuissent quasi usumfructum approbare sine cautione constitutum, sed quæstio est, an de facto ità requirant leges cautionem, sicut in testamentis requirunt certas solemnitates, & in quibusdam contractibus scripturam, ità ut sine his non valeant, quamvis aliter ordinare potuissent.

Esse de substantia cautionem actu præstitam, est valde communis Iuristarum. Mynsing. Schneidew. Vultei, ad §. *Constituitur. Inst. de usufr.* And. Gail, Donelli, Hunnii, quos sequitur VVaizenegger. Negant non pauciores, Pinellus, Vasq. apud eund. & longè plures, quos sequitur Fachineus lib. 8. c. 43. & VVurmserus.

Prior

Prior sententia habet pro se textum difficilem in *l. 2. §. 1. h. t.* ubi dicitur, quòd *Remedio* (cautionis) *introducto cæpit quasi usus fructus haberi.* quorum verborum sensus est, quòd cautio sit à lege substitura loco substantiæ, quæ in usufructu propriè dicto est utique de substantia usufructûs: ergo in quasi usufructu erit de substantia cautio. Fortiùs adhuc urgetur ex lege 1. *C. de usufru.* ubi glossa ponit casum legis talem. Mulier Marito usumfructum omnium bonorum, & eorum quæ usu consumuntur, legitimè reliquit, ità quidem ut onus cautionis remiserit: quæritur, an à debitoribus hæreditariis possit maritus petere pecuniam debitam, nisi priùs satisdederit, seu caverit. & Respondetur quòd non.

133. Ex opposito sententia negans juvatur valde *lege 5. §. 1. ff. h. t.* ubi Vlpianus expressè dicit, quòd si pecuniæ ususfructus legatus sit, vel aliarum rerum, quarum usus in abusu consistit, nec cautio intervenerit, constante usufructu cautio omissa, finito verò usufructu quantitas condici possit. Ex quo textu infertur primò, quòd durante usufructu cautio condici possit, & quòd eo finito quantitas: ergo ante cautionem jam erat ususfructus. Confirmatur. Quia si ususfructus sine cautione non substitisset, tunc non solùm quantitas accepta, sed etiam fructus restituendi essent, quod tamen ibi non requiritur.

134. Existimo, utrique parti aliquid concedendum esse, & dicendum, quòd de substantia quasi ususfructûs sit Ius exigendi cautionem, & quidem irremissibile à testatore, adeóque ex parte Fructuarii semper sit obligatio satisdandi si exigatur: hoc probant fundamenta prioris sententiæ, & non plus, ut consideranti patet, nempe de substantia esse Cautionem, non quidem absolutè sed sub conditione, si exigatur, eâque petitâ suspendi usumfructum donec præstetur: unde sequitur, posse, non petitâ cautione constitui usumfructum, & ut sic non esse de substantia hujus quasi ususfructûs actualem satisdationem, quod probat fundamentum secundæ sententiæ, ad quod insufficiēter respondet VVaizenegger, quòd ususfructus ibi *abusivè* dicatur constitutus, & finitus, nempe ex sola intentione contrahentium; quod mihi est incredibile, cùm verba sint clarissima. [Si pecuniæ sit ususfructus legatus, &c. nec cautio interveniat videndum, finito usufructu, an pecunia quæ data sit condici possit. Sed si quidem adhuc NB. constante usufructu cautionem quis velit condicere, dici potest, omissam cautionem posse condici.] Quid clariùs? unde Imola non immeritò dixit cons. 120. sententiam hanc receptissimam esse, talem Vsufructuarium ante cautionem non petitam fructus suos facere.

QUÆRITUR 4. Ad quid tendat hæc satisdatio. ℟. Vt Fructuarius finito usufructu restituat non quidem easdem res in specie (Philosophi dicerent in individuo) nam usu sunt consumptæ, sed tantundem in genere, sive ejusdem generis, bonitatis, & qualitatis; quia verò periculum est, ne deinde de bonitate, & qualitate controversia moveatur, ideo consultum est, ut æstimetur pretio, & in pretio solvatur. Itaque in hoc quasi usufructu dominium transfertur in Fructuarium. Et ejusdem periculum ad eundem pertinet, secùs ac in usufructu propriè dicto, ubi periculum ad Proprietarium spectat, si sine dolo, & culpa levi intereat, ut ex dictis liquet.

§. VII.

De Servitute Vsûs.

135. Secunda species servitutum personalium est *Vsus.* Vsus dupliciter sumitur, pro usu Iuris, & pro usu facti. Vsus facti est ipsa actualis usurpatio rei: Vsus Iuris est Ius utendi: quatenus ergo sumitur pro servitute personali,

Definitur: *Ius utendi tantum re alienâ, salvâ ipsius substantiâ.* Hoc est: Ius ex re aliena tantum sumendi, quantum ad commodam sustentationem sui suorúmque necesse habet. Vnde sequitur, non posse ullos fructus ad hæredes transmittere. Si pecora habet in usu, potest illis solùm uti ad stercorandos agros, lacte verò non nisi modico uti licet. *L. plenum §. sed si pecoris ff. de usu, & habit.* Constituitur, & finitur ijsdem modis quibus ususfructus.

136. QUÆRITUR 1. An sicut potest esse usus sine usufructu, ità econtra possit esse ususfructus sine usu, hoc est sine utilitate illa, quæ inest usui. Adeóque an posset aliquis esse Vsufructuarius in fundo, cujus tamen usus ad alium pertineret, & Fructuario non liceret uti frui, nisi quoad illos fructus, qui residui essent subtracto usu, quíque non sufficerent ad sustentandam familiam. Communis sententia negat hoc posse esse vi legum. Nam lege 14. §. 1. *ff. de Vsu & habit.* sic habetur. [Vsusfructus, an fructus legetur nihil interest: (vult dicere Vlpianus, illa vocabula esse synonyma in Iure) nam fructui & usus inest. Vsui fructus deest, & fructus quidem sine usu esse non potest, usus sine fructu potest: denique si tibi fructus deducto usu legatus sit, inutile esse legatum Pomponius scribit, &c: si fortè usufructu legato fructus adimatur, totum videri ademptum scribit. Sed si fructus sine usu, id est, nullâ mentione factâ usûs, videri constitutum, qui, & ab initio constitui potest: sed si fructu legato usus adimatur, Aristo scribit, nullam esse ademptionem, quæ sententia benignior est.]

Verùm huic legi, & per consequens sibi ipsi videri posset contradicere Vlpianus in *l. 5. §. ergo ff. usufruct. quemad. cau.* Vbi videtur suppo-

 ponere,

ponere, quòd fructus, seu ususfructus sine usu obtingere possit.

137. Qui hanc difficultatem adverterunt, variè conciliare conati sunt, nescio an ad mentem Vlpiani, mihi placet conciliatio Harpprecht. *in hunc tit. J. de Vsu & Habit. §. Minus autem. n.2.* Nempe usum, quatenus est servitus separata, & separatam habens naturam, non esse cum usufructû conjunctum, semper tamen quoad utilitatem & in effectu inesse usuifructui. Etenim qui frui potest; is multò magìs uti potest. Et tamen quatenus utitur, id non Iure usûs ut est servitus, sed Iure usufructus facit. Potest igitur usufructus sine usu legari, hoc est, quin constituatur servitus usûs alteri, sed non ut quoad utilitatem, & effectum ab usufructu removeatur. Uno verbo, *Vsus* potest esse sine fructu, tam quoad utilitatem, quàm quoad naturam servitutis, hoc est, potest aliquis in fundo habere usum, quin alius habeat fructum, & quin ipse Vsuarius frui possit: econtra verò usufructus potest quidem penes aliquem esse, quin apud ullum sit servitus usûs (& ità communiter constituitur) sed non potest esse sine utilitate usûs, quod voluit dicere Ulpianus §. 2. dictæ l. 14. *Si tibi usus, mihi fructus legetur, concurrere nos in usu, me solum fructum habiturum*: quasi diceret: utérque utemur, sed ego solus ero fructuarius, ad quem reliqua Iura usuifructui propria pertinebant.

138. QUÆRITUR 2. Quænam magìs in particulari sint illa, ad quæ se extendit Servitus Usûs. ℞. 1. Usu ædium concesso potest Vsuarius illas inhabitare cum uxore, liberis, famulis & totâ familia, nurus etiam cum socero & econtra, quilibet cum parentibus, agnatis, & affinibus: inquilinum etiam admittere non prohibetur, si cum eo honestè vivere possit. *l. 2. & seqq. ff. h. t.* Verbo, totis ædibus utendi jus habet usuarius, sicut haberet fructuarius, hoc solo cum discrimine, quòd fructuarius, non item Vsuarius seorsim eas locare posset. *l. 15. ff. & §. 1. J. h. t.*

℞. 2. Si in fundo constitutus est usus, potest usuarius ex iis quæ in fundo nascuntur tantum accipere, quantum in annum duntaxat sufficiat, quæ omnia distinctiùs enumerantur in *L. plenum. 12. h. t.* ℞. 3. In usu pecorum veniunt etiam operæ, quæ ex pecoribus percipiuntur: unde rectè uti potest bobus ad arandum, equis ad vehendum, & maximè ad stercorandos agros. &c. *d. l. 12. §. sed si pecoris. & §. sed si boum armenti.* Fœtus tamen animalium non pertinent ad Vsuarium, quia in fructu sunt. *§. in pecudum Inst. de rer. divis.* & fœtus editus est corpus à matre distinctum, eo igitur usuarius non uteretur, quia uteretur aliâ re quàm cujus usum accepit. Sed neque lanâ uti potest, quia nisi transformetur, nullus illius notabilis usus est. Lacte modico uti potest, quantum sibi & suis sufficiat in ratione lactis, non ut inde butyrum aut caseum conficiat. Ita jura citata.

Cætera quæ de hac servitute dici possent, communia sunt illis, quæ de Vsufructu dicta sunt, & ideo non sunt repetenda: maximè cùm in his consuetudo regionum & provinciarum attendenda sit.

§. VIII.

An Vsus rerum ipso usu consumptibilium possit à Dominio separari.

139. Occasione Servitutis Vsûs nata est apud Theologos controversia, olim quidem gravis, hodie verò extra litem posita, utrum, sicut Jus utendi re alienâ quæ ipso usu non consumitur, v. g. horto, vineâ, domo, &c. potest separari à dominio, ità ut penes Sempronium maneat dominium agri, penes Caium verò sit Ius utendi, an inquam eodem modo possit Ius utendi separari à dominio in illis rebus, quorum usus in abusu consistit, hoc est, quæ ipso usu principali absumuntur, ut est vinum, oleum, pecunia, &c. de quibus egimus §. 6. Pro resolutione

140. Advertendum est primò: Ius utendi posse alicui convenire vel irrevocabiliter, hoc est independens à continuo consensu illius à quo conceditur jus; vel revocabiliter, hoc est, taliter, ut concedens jus possit illud ad nutum pro libitu revocare, sicut si cui precariò aliquid commodarem: hujusmodi revocabile jus habet conviva invitatus ad epulas, nam sine injusta acceptione posset dominus cibos subtrahere; habet tamen conviva jus comedendi, quod vocamus jus negativum, quatenus nemini facit injuriam comedendo, quamdiu à domino non prohibetur: habet etiam jus positivum adversus alios, ne vi aut fraude impediant usum benevolentiæ invitantis.

141. Advertendum est 2. Jus utendi independens & irrevocabile, quod solum nomen *Juris* simpliciter meretur, non posse distingui à dominio talium rerum, & in hoc omnes conveniunt: qui enim habet jus independens ab alterius voluntate aliquid absumendi, jam vocatur & est dominus talis rei, nec quidquam ad rationem dominii desiderari potest, esto quandoque non habeat dominium plenissimum, quia fortasse non potest vendere vel alteri donare, nam hæc limitatio non pugnat cum dominio saltem non pleno. Tota ergo præsens controversia est, an idem dicendum sit de eo qui habet jus revocabile.

Controversiæ huic occasionem præbuerunt PP. Franciscani, qui semper talem paupertatem professi sunt, quæ ne quidem hujusmodi rerum dominium admittat, & tamen certum est, illos habere jus & facultatem saltem revocabilem & n. 140. explicatam eorum ciborum qui illis offeruntur,

tuntur, sicut & aliarum rerum. Dixerunt insuper, harum rerum dominium esse penes Sedem Apostolicam.

Huic doctrinæ se acriter opposuit Joannes XXII. vir doctus: & quia ille in re non pertinente ad fidem, tanquam privatus doctor contrariam opinionem tenuit, nempe dominium non posse à facultate utendi separari in rebus quarum usus in abusu consistit, ideo hoc dominium tanquam suâ opinione inutile & nugatorium à se abdicavit *in extrav. incip. ad Conditorem.* & duabus seqq. Quo non obstante

142. DICENDUM omnino est, si controversiæ status rectè apprehendatur, posse Ius tale revocabile à dominio talium rerum separari: quodsi quis putet esse abusum vocabuli *Juris* in Iure revocabili, vocemus *Facultatem* utendi. Ità jam tenent communiter omnes Theologi, & contra Ioannem XXII. postea confirmârunt plures Pontifices: Nicolaus III. *cap. exiit qui seminat, de V. S. in 6.* ibi. [Nam cùm in rebus temporalibus sit considerare præcipuum, proprietatem, possessionem, usumfructum, jus utendi, & simplicem facti usum, & ultimo tanquam necessario egeat, licèt primis carere possit vita mortalium: nulla prorsus potest esse professio, quæ à se usum necessariæ sustentationis excludat: verùm condecens fuit ei professioni, quæ sponte devovit Christum pauperem in tanta paupertate sectari, omnium abdicare dominium & rerum sibi concessarum necessario usu fore contentam. Nec per hoc quòd proprietatem usûs & rei cujusque dominium à se abdicâsse videtur, simplici usui omnis rei renuntiâsse convincitur: qui inquam usus non Iuris, sed facti tantummodo nomen habens, quod facti est tantùm, in utendo præbet utentibus nihil juris, &c.] Et paulò pòst loquens de dominio earum rerum, quas qui offerunt, præsumuntur velle perfectè à se abdicare dominium, & in alium transferre cupiant propter Deum: [nec sit persona in quam loco Dei congruentiùs hujusmodi rei dominium transferat, quàm Sedes præfata vel persona Romani Pontificis Christi Vicarii, qui Pater est omnium, & fratrum minorum nihilominus specialis: ne talium rerum sub incerto videatur esse dominium, &c. omnium utensilium & librorum ac eorum mobilium præsentium & futurorum, quæ & quorum usumfructum scilicet ordinibus vel fratribus ipsis licet habere, proprietatem & dominium (quod & ferè Innoc. Papa IV. præd. noster fecisse dignoscitur) in nos & Romanam Ecclesiam planè & liberè pertinere, ac præsenti constitutione in perpetuum valiturâ sancimus.] Idem habetur in Clement. *Exivi de paradiso. de V. S.* ibi. [Sicque declaratum exstitit per nonnullos prædecessores nostros Romanos Pontifices, hanc expropriationem intelligi debere tam in speciali quàm etiam in communi, propter quod & rerum omnium concessarum, oblatarum, & donatarum fratribus proprietatem & dominium in se & Romanam Ecclesiam receperunt, dimisso ipsis fratribus in eis tantummodo Usu facti simplicis.]

143. Probatur nunc Conclusio exemplis & instantiis. & primò exemplo convivæ jam posito. 2. Exemplo servi, cui dominus facit potestatem edendi cibum, cujus tamen servus non est dominus: item alii Religiosi habent facultatem utendi hujusmodi rebus, & tamen sunt incapaces dominii, si sint professi.

Probatur 2. à priori: Nam si comparemus eum qui dat facultatem, cum eo qui eam accipit, apparebit, priorem non posteriorem esse dominum. Ille enim est dominus, in cujus potestate est reddere alteri illicitum usum talis rei, sibi verò licitum esse. atqui talis est ille, qui concedit alteri facultatem revocabilem, non verò ille, cui talis facultas conceditur: nam ille prior revocare potest facultatem, & usum reddere illicitum. Ergo, &c.

144. Objicies 1. PP. Franciscani habent jus strictè dictum adversus alios, ne se impediant ab usu ciborum concessorum: ergo sunt illorum domini. Concesso antecedente negatur consequentia: tum quia illud Ius non est in re seu reale, sed personale: unde si quis cibos furaretur, non possent eos suo nomine vindicare: tum quia dominium debet esse jus non revocabile ad libitum alterius.

Objic. 2. Tale jus adversus alios esto sit tantùm personale, est tamen pretio æstimabile, & posset pro pretio alteri vendi spes illa quam quis habet ex tali facultate fore ut non revocetur, adeóque ut re tali cum commodo suo utatur: ergo jam videtur argui aliquod dominium. R. Nullum argui dominium ciborum, sed quasi dominium juris personalis.

Dices: ergo posset dominus ciborum talem facultatem revocabilem alicui vendere pro pretio, quia est pretio æstimabilis. Nego consequentiam. Nam licèt sit pretio æstimabilis respectu alicujus tertii, non tamen respectu domini, qui sibi reservaret potestatem revocandi, ac proinde nihil à se abdicaret, nec minus haberet post concessionem quàm ante: ergo non potest accipere pretium, quia pretium debet accipi pro translatione alicujus juris irrevocabilis, alioquin acciperetur pretium sine traditione mercis, ut notavit Lugo.

145. Replicabis. Concessio talis facultatis quantumvis revocabilis, est tamen beneficium & materia gratiarum actionis. ergo etiam pretio vendibilis illi cui conceditur. Nego consequentiam. Nam virtus gratitudinis habet hoc, ut rependat pro re accepta & gratis data, nec requirit Iuris translationem, sicut requirit emptio, vendito, quæ est compensatio Iuris irrevoca-

vocabilis pretio itidem irrevocabili, alioquin non servaretur æqualitas.

146. Instabis: in illo instanti quo Dominus cibi pro priori naturæ dicit: *volo tibi licere comestionem, & nolo impedire*: non potest revocare, quia in eodem instanti non potest idem velle, & nolle: ergo saltèm pro tali instanti acquiro Ius irrevocabile ad cibum: ergo erit pretio æstimabile. ℞. Cum Pallav. negando consequentiam: nam illud solùm est Ius propriè dictum, & pretio æstimabile, quod est antecedens voluntatem alterius non impediendi, & quo ligamus alterius voluntatem, ut etiam diximus in tr. 1. in explicatione Iuris in genere, at verò in casu posito Irrevocabilitas non provenit à Iure meo in cibum, sed ex eo, quòd alter non possit simul velle & nolle revocare.

§. IX.

De Servitute Habitationis.

147. Tertia species servitutum Personalium est *Habitatio*, quæ definitur: *Ius habitandi in alienis ædibus, salvâ earum substantiâ.* Verùm quia hoc totum convenit etiam servituri usûs in ædibus constitutæ, ideo mihi addendum definitioni videtur: *Per se, vel per alium.* Sic enim differt ab usu, ut dicetur. Quæ definitio quem sensum habeat, constat ex dictis, & constabit ex dicendis. Non est operæ pretium hîc instituere disputationem contra Hotomannum, negantem hoc genus servitutis, eò quòd, ut ipse putat, consistat in mero Iure Personali, adeóque non fundante actionem confessoriam aut negatoriam, sed actionem Commodati, vel Præscriptis verbis *arg. l. 1. §. 1. ff. commodati. L. si gratuitam. 17. ff. de præscript. verb.* hinc enim plus non probatur, quàm quòd Habitatio etiam commodari possit, ità ut quis non Iure servitutis, sed Iure facultatis ex contractu inhabitet.

Æquè parùm altercari necesse est cum Donello, volente hanc servitutem non distingui specie ab usu, & usufructu. Huic enim divinationi contradicit *lex 13. C. de usufructu.* ubi claris verbis ponuntur differentiæ hujus servitutis à servitute usûs, & ususfructûs, de quibus jam dicetur. Itaque

QUÆRITUR 1. In quibusnam cum usu, & usufructu conveniat Habitatio: quandoquidem, ut vidimus, usus etiam, & ususfructus in ædibus constitui possit. ℞. 1. Sicut ususfructus, & usus constitui potest tam inter vivos, quàm ultimâ voluntate, ità & Habitatio. Secundò, sicut in prioribus, ità & hîc cautio præstanda est. Teriò Habitatio non transit ad hæredes *§. penult. J. de usufr. l. 10. §. utrum. ff. de usu & Habit.*

148. QUÆRITUR 2. In quibus differant. ℞. 1. Habitatio in solis ædibus esse potest: usus, & ususfructus etiam in aliis. 2. Habitatio seorsim locari potest ab eo, qui servitutem Habitationis habet, usus ædium non potest. *L. cùm antiquitas cit. 3.* Vsus, & ususfructus non utendo, & capitis diminutione amittuntur, Habitatio non item. *L. si habitatio. 10. pr. ff. h. t.* in qua lege etiam clarè supponitur contra Donellum, quòd sint servitutes specie distinctæ. [Si habitatio legetur, an perinde sit atque si usus, quæritur: & effectu quidem idem penè esse legatum usûs, & habitationis, & Papinianus consensit. Denique donare non poterit, sed eas personas recipiet, quas & Usuarius, ad hæredem tamen nec ipsa transit, nec non utendo amittitur, nec capitis diminitione.] Ratio cur non amittatur non usu (sicut aliæ servitutes, ut dicemus agentes de Præscrip.) est, quia sic alteri constituitur, ut habitet, quoties ipsi commodum, & quamdiu commodum fuerit: potest autem contingere, ut modò commodum sit, modò non: unde in hac servitute toties dies cedit, quoties habitare commodum est, licèt ante non habitaverit. Ratio, cur non capitis diminutione amittatur, est, quia sicut legatum alimentorum, ità nec hanc servitutem voluerunt leges alligare statui personæ. NB.

CONTROVERSIA III.

Circa Servitutes Prædiorum, tam Vrbanorum, quàm Rusticorum, in genere, & in specie.

SVMMARIVM.

Quæ sit Servitus Prædialis. 149.
Duo prædia requiruntur, aliud dominans, aliud serviens. 150.
Dividitur in Rusticam & Vrbanam Servitutem. 151.
Vndenam hæ denominationes desumantur. 153.
Cur ager inferior non serviat superiori recipiendo aquam. 155.
Servitutes prædiales habent causam perpetuam, etsi non actum perpetuum. 156.
An Servitus possit constitui in prædio non vicino. 158.
Servitutes Vrbanæ in tres Classes distribuuntur. 159.
Servitus Tigni immittendi. 160.
Quomodo resistere liceat volenti tignum absque constituta servitute immittere. eod.
An si passus sum absque conventione immitti tignum, Ius quæsitum sit immittendi alia in aliam partem parietis. 161.
Servitus projiciendi & protegendi. 162.
Servitus oneris ferendi. 163.
Tempore, quo paries reficitur, fultura oneris ad prædium dominans spectat. 164.
Servitus altiùs tollendi. 165.
An possit diei constituta per modum necessitatis. 166.

An

§. I.

Natura & Divisio Servitutum Prædialium explicatur.

149. SErvitus Prædialis illa dicitur, quàm unum prædium debet præstare alteri prædio ad diversum Dominum spectanti. Hinc si prædium A. hodie serviens prædio meo B. cras meum fieret Iure dominii, confunderetur servitus cum proprietate, sed cum aliqua suspensione, nempe si illud ipsum prædium iterum Iure dominii ad alium perveniret, servitus reviviscerer, & in pristinum statum restitueretur. *L. Si ei. 9. ff. communia præd.* [Si ei, cujus prædium mihi serviebar, hæres exstiti, & eam hæreditatem tibi vendidi, restitui in pristinum statum servitus debet: quia id agitur, ùt quasi tu hæres videaris exstitisse.]

150. Duo ergo prædia ad hanc servitutem requiruntur, unum cui debetur servitus, & vocatur Prædium dominans, alterum quod servitutem debet, & vocatur *serviens*. Et hæc ratio est, quare hæ servitutes dicantur Reales ad discrimen Personalium, quia nimirum Rei, hoc est, prædio, non personæ inhærent, nec sunt ullius vitæ alligatæ, sed comitantur prædium dominans ad quemcúnque pervenerit, quia non prædio propter hominem, sed homini propter prædiũ debentur: unde eleganter *in lege* 31. §. *ult. ff. de negotiis gest.* scriptum est, sententiam prædio dari, cùm de servitute reali controversia est.

151. Servitus Prædialis dividitur in Rusticam, & Vrbanam, quæ denominatio desumpta est ex diversitate prædiorum. Prædium enim aliud est Rusticum aliud Vrbanum. Rusticum non inde dicitur, quòd ruri, nec Vrbanum, quòd in Vrbe constitutum sit: nam etiam in Civitate, & Oppido potest haberi rusticum prædium, & extra Vrbem ruri potest haberi prædium urbanum (quidquid olim Neratius IC. senserit contra Vlpianum in quibus conciliandis frustra laborari censet VVaizenegger) sed Vrbanum prædium illud dicitur, quod principaliter ad habitandum, vel etiam lucri aut voluptatis causâ exstructum est, & ideo vocatur: *Ædes*: inter quæ etiam numerantur stabula meritoria, pro recipiendis mercede tam equis, quàm hospitibus: *L. Vrbana.* 198. *ff. de V. S.* quæ sic habet. [Vrbana prædia omnia ædificia accipimus, non solùm ea, quæ sunt in Oppidis, sed & si fortè stabula sunt, vel meritoria in villis, & in vicis, vel si prætoria voluptati tantùm deservientia: quia Vrbanum prædium non locus facit, sed materia. Proinde horti quoque, si qui sunt in ædificiis constituti, dicendum sit Vrbanorum appellatione contineri. Planè si plurimum horti in reditu sunt, vinearii fortè, vel etiam olitorii: magis hæc non sunt vrbana.]

152. Rusticum prædium est, quod principaliter exstructum est, ut præbeat usum rusticum in conservandis fructibus, asservandis pecoribus, ut stabula, granaria, horti olitorii, horrea separatim exstantia (nam alioquin accessoria prædiorum vrbanorum sequuntur principale) vocantúrque communi nomine *Fundi*.

153. Quæstio est inter JureConsultos, vndenam servitus denominetur rustica vel vrbana, an à prædio dominante, an à serviente, vel denique à natura, & conditione ipsius servitutis. Communis opinio est, denominationem desumi

nisi à prædio dominante: tametsi enim, ut videbimus, sint certæ species servitutum vrbanarum, & certæ rusticarum, quia scilicet ex natura sua exigunt & solent communiter ac per se tali prædio in specie deberi: v. g. servitus altiùs non tollendi dicitur servitus urbana, quia communiter ex natura rei deberi solet prædio urbano, econtra servitus itineris, aquæductûs, &c. sunt servitutes rusticæ, quia communiter rusticis prædiis debentur: si tamen per accidens fieret, ut ordo ille inverteretur, tunc servitus ex specie sua vrbana dici deberet rustica, & econtra: sicut Clericus licèt ex ratione specifica vitæ, quam exterius profitetur, vocetur persona sacra, per accidens tamen quandoque dici potest homo profanus.

154. Mihi tamen magis placet sententia Antonii Fabri, & VVaizeneggeri, denominationem desumi ex natura servitutis, hoc est, non ex eo, quòd hîc & nunc debeatur tali prædio, sed ex eo, quòd ex natura sua soleat tali generi prædiorum deberi: alioquin dicendum esset, ea privilegia, quæ conceduntur servitutibus urbanorum prædiorum, ut, quòd non amittantur solo non usu *L. 6. ff. de Servit. præd. vrban.* etiam competitura esse itineri, actui, viæ, si hæc deberentur prædio vrbano, quòd nemo facilè concesserit.

Servitus Prædialis in genere definitur communiter ex Bartolo: Ius quoddam prædio inhærens, ipsius utilitatem respiciens, & libertatem seu jus alterius diminuens.

155. Objicies 1. Ex Corasio, *L. & fundo 19. ff. de servit.* ubi non requiritur utilitas Servitutis. Ad hoc tamen jam suprà responsum est, & locus iste cum alio contrarium asserente conciliatus. *cap. 2. contr. 1. n. 3.*

Objic. 2. Tota definitio videtur convenire agro inferiori qui servit superiori recipiendo aquam defluentem: atqui hæc non est Servitus ex illis de quibus hîc agitur. Ad hoc acutè respondet VVaizennegger, negando quòd inferioris agri libertas minuatur excipiendo aquam ex superiore naturaliter defluentem: quia nunquam habuit facultatem respuendi fluxum aquæ, sed huic oneri à natura subjectus est: ergo definitio non convenit.

156. Servitutes prædiales debere habere causam perpetuam, quamvis actum perpetuum non habeant, traditur in *l. 28. ff. de serv. præd. Vrban.* in qua tamen lege intelligenda difficultatem ingerit ipsa lex excludens aliquid à ratione servitutis ex defectu causæ perpetuæ, cum quo tamen aliquæ servitutes similitudinem habent. Lex ità habet. [Foramen in imo pariete conclavis vel triclinii, quod esset proluendi pavimenti causa, id neque flumen esse, neque tempore acquiri placuit: hoc ità verum est, si in eum locum nihil ex cœlo aquæ veniat: neque enim perpetuam causam habet, quod manu fit: at quod è cœlo cadit, etsi non assiduè fit, & ideo perpetuò fieri existimatur. Omnes autem Servitutes prædiorum perpetuas causas habere debent, & ideo neque ex lacu, neque ex stagno concedi aquæ ductus potest.

Contra illud de Foramine objicitur, quia potest constitui Servitus & Jus immittendi fumum. *L. sicut. §. Aristo. ff. si servit. vind.* ubi dicitur, ex taberna casearia fumum in superiora ædificia jure non posse immitti, *nisi ei rei servitus talis admittatur.* atqui hîc etiam non apparet causa perpetua, quia sicut aqua manu injicitur pavimento, ità ignis injicitur fornaci, & manum desiderat. Respondet Donellus, hîc spectari non tam ignem, quàm ædificium, aut ædificii partem, quæ ad ignem habendum parata sit. Hæc autem perpetua est, & ad ignem accipiendum perpetuò parata.

Simili modo & ex eodem fundamento existimo defendi posse servitutem Temonis immittendi, quam habent aliqui horti vicinissimi horreo alterius, in quo collocantur currus: debent enim in suo pariete pati foramina recipiendis temonibus curruum, qui alioquin collocari non possent, nisi temones per parietem promoverentur. hujus, inquam servitutis causa etiam perpetua est, nempe horreum principaliter ad hoc ædificatum, ut fructus singulis annis inferantur.

157. Contra ultimum de aquæ ductûs servitute non constituendâ in lacu aut stagno, objicitur: hinc sequi, quòd nec servitus navigandi posset lacui imponi, cujus oppositum habetur *L. via. §. 1. ff. de Servit. præd. rust.* ibi. *Si lacus perpetuus in fundo tuo est, navigandi quoque Servitus, ut perveniatur ad fundum vicinum imponi potest.* Si ergo aqua stagnorum & lacuum, non censetur causa perpetua ad constituendum aquæ ductum, non erit etiam perpetua ad ferendam navim. ℞. Negando paritatem: nam aquæ ductu exhauriretur lacus, navigando non exhauritur, & quia ex natura rei vel torrentibus vel aliis scaturiginibus nunquam destituuntur aquâ sufficiente ad navigandum. Quod si constaret, nunquam etiam defecturam ad aquæ ductum, nihil etiam obstaret, quominus hæc servitus imponi posset, quia lex *foramen* 28. loquitur de lacu exsiccabili per aquæ ductum.

158. QUÆRITUR, Utrum servitus constitui possit in alterius prædio non vicino, eò quòd mediet aliud prædium. ℞. Breviter, posse constitui, si per intermedium prædium utilitas Servitutis non impediatur *l. 17. §. fin. ff. de aqua pluv. arcenda.* ubi hujus rei exempla habentur, his verbis. [Sed si fundus medius alterius inter me & te intercedit, haustûs sevitutem fundo tuo imponere potero, si mihi medius dominus iter ad transeundum cesserit, quemadmodum si ex flumine publico perenni haustu velim uti, cui flumini ager tuus proximus sit, iter mihi ad flumen cedi potest.] Leges quæ objici possent,

possent, loquuntur de casu quo utilitas Servitutis impeditur per interjectum prædium, hujusmodi est lex. 5. ff. de servit. præd. rust. ubi dicitur, *nec appulsum, nec cretæ eximendæ calcisque coquendæ jus posse in alieno esse, nisi fundum vicinum habeat.*

§. II.

De Servitutibus Prædiorum Urbanorum.

159. Servitutes has Hugo Donellus in tres Classes distribuit: in prima sunt quæ ædium dilatandarum causâ parantur, & sunt quatuor. 1. Jus tigni immittendi. 2. Ius projiciendi. 3. Ius protegendi. 4. Ius oneris ferendi. In secunda classe sunt, quæ propter commoditates interiores ædium habentur & retinentur, & iterum sunt. 4. 1. Ius altiùs tollendi. 2. Ius luminum. 3. Ius prospectûs 4. Ius onerum ab ædibus avertendorum. In tertia classe sunt, quæ ædium nostrarum exornandarum causâ constituuntur, & sunt tria. 1. Ius stillicidii, & fluminis avertendi. 2. Ius cloacæ immittendæ. 3. Ius fumi immittendi. Præter hæc Iura prædiorum sunt quædam alia minùs nominata, & ideo minùs curanda, ac pro locorum consuetudine judicanda.

Servitus Tigni immittendi.

160. Definitur: Jus quo quis ex ædibus suis in parietem vicini tignum ità potest immittere, ut in utriusque prædio requiescat. Tigni nomine veniunt hîc trabes præcipuè: reductivè tamen etiam oblongi lapides qui immitti possunt, imò & concamerationes, seu arcus insistentes duobus muris.

QUÆRITUR 1. Quomodò resistere liceat volenti tignum absque servitute constituta immittere. ℞. Etsi optimum & securissimum sit actione negatoriâ apud Iudicem rem expedire, simpliciter tamen jure possessionis potest tignum propria auctoritate tollere & intercidere: neque hoc casu censeretur sibi propriâ auctoritate jus dicere, sed possessionem defendere, ut pluribus dicetur cap. seq. de Iure Possessionis. interim vid. *L. quemadmodum 29. §. 1. ff. ad leg. Aquiliam.*

161. QUÆRITUR 2. Utrum, si passus sim, absque expressa conventione immitti à te tigna in parietem meum, hoc ipso jus acquisiveris immittendi nova alia tigna in aliam partem ejusdem parietis. ℞. Negativè, & hunc esse sensum censeo legis 14. *ff. si Servitus vendicetur.* ibi. *Si cùm meus proprius esset paries, passus sim te immittere ligna quæ antea habueris; si nova velis immittere, prohiberi à me potes, imò etiam agere tecum potero, ut ea, quæ nova immiseris, tollas.* Scio variè hanc legem intelligi: sed mihi videtur sensus hic esse: si tu per patientiam meam acquisivisti jus tigni immittendi, & deinde tigna immissa velis renovare, & insuper alia in aliam partem ejusdem parietis immittere, possum hanc extensionem prohibere. Aliud esset, si servitus immittendi tigni expressè constituta esset, sed indefinitè, hoc est, non declarando numerum tignorum, tunc enim præsumeretur esse constitutum jus immittendi, quotquot placuerit. sibi enim imputet, qui potuisset clarioribus verbis uti.

162. Quod hoc loco aliqui IC. disputant, utrum Socius possit immittere tignum in parietem communem, est meo judicio impertinens, cùm certum sit, hoc eum non posse jure servitutis, quia res sua nemini servit. An jure communionis seu Societatis possit, pendet ex eo, an talis paries ad hunc usum comparatus, & ad sustinenda onera destinatus fuerit. *L. cum duobus 52. §. item Mela. 13. ff. pro Socio.* ibi. *Si vicini Semipedes inter se contulerunt, ut ubi craticium parietem inter se ædificarent ad onera utriusque sustinenda: deinde ædificato pariete alter in eum iñutti non patiatur, pro socio agendum.* Nunc reliquas servitutes referamus.

Servitus Projiciendi, & Protegendi.

Non accipitur hodie, ut antiquitùs, pro jure projiciendi aquam & similia, in aream vicini, sed pro jure projiciendi ædificium extra parietes, ut tamen non quiescat in alieno, dicunturque hujusmodi ædificia mæniana seu podia, ut existentes intra domum possint liberiùs circumspicere; non autem possunt jure libertatis, sed solo jure Servitutis fieri supra solum alienum, quia cœlum supra solum liberum esse debet. *l. 1. ff. de servit. præd. urb. Si intercedat solum publicum, vel via publica, neque itineris, actûsvè, neque altiùs tollendi servitutes impedit, sed immittendi, protegendi, prohibendi* (vulgò projiciendi) *item fluminum & stillicidiorum Servitutem impedit, quia cœlum quod supra id solum intercedit, liberum esse debet.* Ex qua lege inferunt aliqui, servitutem projiciendi & protegendi nihil inter se differre: aliqui tamen cum VVesenbecio volunt, Projectum & Protectum differre tanquam genus & speciem, adeoque Protectum specificè esse protensionem tecti ad defendendos à pluviis parietes, vel à nimio lumine fenestras, vocantúrque suggrundia.

Servitus oneris ferendi.

163. Est jus quo columna vel paries onera vicini ædificii sustinere tenetur. arg. *L. eum habere. 33. ff. h. t.* Differt autem hæc servitus à servitute tigni immittendi, quòd servitus oneris ferendi non solùm detur ad sustinendum onera in pariete, sed insuper ad procurandam perpetuitatem illius parietis: unde fit, dominum prædii servientis obligatum esse ad reficiendum parietem, ut habetur in lege 33. cit. ubi Paulus ait: *Eum*

Eum debere columnam restituere, quæ onus vicinarum ædium ferebat, cujus essent ædes, quæ servirent, non eum qui imponere vellet. Clariùs id expressit Vlpianus in *l. 6. §. etiam de servitute. ff. si servitus vind.* ubi relatâ dissensione veterum JCtorum ostendit, huic servituti hoc speciale esse, ut dominum servientis prædii obliget etiam ad agendum. [Etiam de Servitute, quæ oneris ferendi causâ imposita erit, actio nobis competit: ut & onera ferat, & ædificia reficiat ad eum modum, qui servitute impositâ comprehensus est. & Gallus putat, non posse ità servitutem imponi, ut quis facere aliquid cogeretur, sed ne me facere prohiberet, nam in omnibus servitutibus refectio ad eum pertinet, qui sibi servitutem asserit, non ad eum cujus res servit: sed evaluit Servii sententia in proposita specie: ut possit quis defendere, jus sibi esse cogere adversarium reficere parietem ad onera sustinenda.]

164. Illud tamen hîc addendum est, eo tempore quo paries reficitur aut reparatur, fulturam oneris quod ferendum est, ad dominum prædii dominantis spectare, nisi malit interim onus deponere ne corruat, & inferiori ædificio noceat. Ità habetur *l. 8. pr. ff. si servit. vind.* [Sicut autem refectio parietis ad vicinum pertinet, ita fultura ædificiorum vicini, cui servitus debetur, quamdiu paries reficietur, ad inferiorem vicinum non debet pertinere; nam si non vult superior fulcire, deponat; & restituet, cùm paries fuerit restitutus. & hîc quoque, sicut in cæteris servitutibus actio contraria (nempe negatoria) dabitur, hoc est, Ius tibi non esse me cogere.]

Servitus altiùs tollendi.

165. DE hac servitute exstat lex 2. h. t. *Vrbanorum prædiorum Iura talia sunt: altiùs tollendi & officiendi luminibus vicini, aut non extollendi, &c.* Priusquam illius definitio detur, videndum est, quo sensu hujusmodi servitus constituta possit intelligi: est enim in hoc puncto summa dissensio DD. Imprimis ergo quæritur, an possit hæc servitus dici constituta per modum necessitatis, hoc est, ut vicinus cogatur & necessitetur, ædes suas in commodum nostrum altiùs tollere, v.g. ad avertendum impetum ventorum, ad arcendam nimiam lucem, vel ad majorem calorem ex reflexione communicandum, &c. Negant hoc Corasius, VVaizeneg. Bacchovius, & alii. Fundamentum negandi est, quòd, exceptâ servitute oneris ferendi, ut diximus, nulla servitus eò tendat, ut alter cujus prædium servit, aliquid faciat, sed solùm ut patiatur, aut non agat: atqui in posita specie cogeretur agere.

166. Affirmant probabiliùs Cæpolla, Schneidewein, Oldendorpius, Sichardus, Zæsius, Casp. Manzius, qui ad fundamentum contrarium rectè respondet, in hoc puncto potiorem esse debere æquitatem, quàm Iuris subtilitatem. Nam ut Bacchovius animadvertit, & Cicero pro Murtia testatur, nugas multas JCti introduxerunt in Ius Civile, id est, meras subtilitates, & scrupulositates, à quibus vel coætanei, vel alii recentiores JCti, & legum latores postea recesserunt. Additque cit. Auctor, in praxi contrarium esse, nempe plures Iure servitutis cogi ad aliquid agendum in suo prædio vel ædibus, v.g. ad restaurandum pontem: & si quis in foro negaret hujusmodi servitutes imponi posse, cum risu exploderetur. Infrà etiam dicemus, hujusmodi servitutem esse: *stillicidii avertendi.*

167. QUÆRITUR 2. An possit hæc servitus constitui ad modum facultatis, hoc est, an Iure servitutis possit mihi competere potestas altiùs tollendi cum aliquo incommodo vicini, cujus proinde prædium dicitur servire: Ratio dubitandi est: quia quod quis potest facere Iure naturalis libertatis, hoc non potest dici facere Iure servitutis, seu Iure ab alio constituto & concesso: quod enim convenit independenter ab alterius consensu, quid opus est ex ipsius consensu convenire? atqui Iure naturalis libertatis cuivis licet ædes suas altiùs tollere, quantùm voluerit. *L. 8. C. de servit. & aq.* Ob hanc difficultatem Bacchovius hanc servitutem ità intellexit, ut eam penitus sustulerit, & cum opposita, nempe, *non altiùs tollendi*, confuderit: cùm alii omnes eas ab invicem distinguant. Et quidem

168. Ad fundamentum contrarium Respondetur, per se & regulariter loquendo verum esse, quòd cujvis liceat altiùs tollere, esse tamen casus exceptos, nempe ob varia vicinorum commoda in plurimis locis exstant utilia statuta, quibus certus altitudinis terminus præscribitur, & tale statutum Florentiis esse testatur Accursius, & de multis civitatibus Bavariæ, & Vratislaviæ testatur Gail 2. *Ob. 69. n. 16.* Tali ergo statuto posito jam est sublata illa naturalis libertas, quæ est conditionata, *quamdiu contrarium statutum non fuerit:* sicut est libertas venandi, piscandi, &c. sublatâ ergo sic libertate, potest vicinus (nisi boni publici causâ modus tollendi præscriptus sit) sibi hanc servitutem stipulari, ut liceat altiùs tollere cum aliquo illius incommodo. Similiter exstat lex ultima, §. *ult. C. de servit. & aq.* quâ non licet, contra naturalem alioquin libertatem, juxta aream vicini, in quâ frumenta teruntur, & exprimuntur, cuiqne in suo ædificare, quo necessarium ventum ad eum usum infringat. Itaq; insistendo communi sententiæ,

Servitus altiùs tollendi per modum necessitatis constituta, est jus cogendi vicinum, ad ædes altiùs tollendas. Altera verò, quæ per modum facultatis, est Ius, quo vicinus, non Iure libertatis, sed Iure à convicino concesso, ædes suas altiùs tollere potest.

Servitus

Servitus altiùs non tollendi.

169. EST Ius, quo vicinus ultra modum altitudinis certum, conventione præscriptum, ædes suas invito vicino tollere prohibetur. *L.* 8. *C. de servit. & aq. & l.* 21. 24. *ff. h. t.* Hac servitute constitutâ non impeditur quis viridaria supra illam præscriptam altitudinem ponere. *L.* 12. *ff. h. t.* Imò & arborem, quæ altitudine excedat. *L.* 7. *eod.* Nam hæc non veniunt nomine ædificiorum. Neque refert, quòd per hujuscemodi luminibus officiatur, non minùs, quàm ædificio: non enim hoc principaliter intenditur per hanc servitutem, sed per aliam de qua mox.

Servitus, ne luminibus officiatur.

170. EST Ius, quo vicinus lumen è cœlo veniens convicino adimere, & obscurius facere prohibetur. *L.* 4. *&* 16. *ff. h. t.* quâ servitute illud ampliùs, quàm in priore, consequimur, ut nihil penitus vicino facere, seu in alto collocare liceat, quo lumen cœli impediri possit. Imò contra hoc Ius peccaret, qui parietem auferret, ex quo per repercussionem, seu reflexionem lumen in ædes vicini devolvebatur, sicque lumen minueretur: sed non ille peccaret, qui auferret aliquid, quo ablato plus luminis incideret in dominantes ædes, quia hoc non esset officere luminibus, sed promovere.

Servitus Luminum.

EST Ius, quo vicinus lumina nostra excipere, & præstare tenetur, quatenus ædibus nostris necessaria sunt. *L.* 4. *ff. h. t.* Vnde hac servitute non prohibetur simpliciter altiùs tollere, modò foramen apertum habeat, per quod lumen sufficiens ingrediatur, & ad ædes vicini perveniat.

Servitus Prospectûs, ne ei officiatur.

171. EST Ius, quo ità nobis licet in patentia, & porrecta loca ex inferioribus & superioribus locis quaquaversum liberrimè, ac longissimè prospicere, ut Domino prædii servientis non liceat aliquid facere, quo vel aspectum cœli, vel prospectum gratiorem in viridaria, campum, aliàque loca amæna auferat. *L. inter servitutes. ff. h. t.* Cæterùm nil impedit, quò minùs possit ex conventione hæc servitus esse restricta ad certum spatium, ut prospectui non officiatur versus talem horizontis partem, &c.

Servitus Stillicidii avertendi.

172. EST Ius, quo vicinus aquam pluviam à tecto suo in tectum vel aream vicini avertere & derivare potest. *L.* 2. *h. t.* Neque enim Iure libertatis hoc liceret. *L.* 8. §. *Aristo. ff. Si servitus vindic.* ibi. *ex superiore in inferiora non aquam non quid aliud immitti licet.* Quodsi vicinus absque constituta servitute id faceret, compelli posset, ad immittendos juxta tectum suum canales, per quos aqua pluvia, vel in plateam publicam, vel in suam aream defluat.

173. In lege 20. §. 5. habetur, quomodo stillicidium variari possit, aut non possit. Stillicidium, quoquo modo acquisitum sit, altiùs tolli potest: levior enim fit eo facto servitus: cùm, quòd ex alto cadet, leniùs, & interdum direptum cadat, nec perveniat ad locum servientem. Inferiùs demitti non potest; quia fit gravior servitus: id est, pro stillicidio flumen. Eâdem ex causa retroduci potest stillicidium, quia in nostro magis incipiet cadere: produci non potest, ne alio loco cadat stillicidium, quàm in quo posita servitus est. Leniùs facere poterimus, acriùs non. Et statim subjungitur regula generalis: [Meliorem vicini conditionem fieri posse: deteriorem non posse, nisi aliquid nominatim in servitute imponenda immutatum fuerit.]

Servitus hæc non censetur præcisè acquisita superficiei, sed solo. nam destructo ædificio, potest ædificium in eadem qualitate, cum eodem servitutis Iure reponi. Ut tradunt communiter DD. in *L.* 20. §. 2. *ff. h. t.* [Si sublatum sit ædificium, ex quo stillicidium cadit, ut eâdem specie & qualitate reponatur: utilitas exigit, ut idem intelligatur.]

174. Controvertitur, utrum ab hac servitute differat, Servitus fluminis avertendi: & eas differre non pauci volunt, atque hoc discrimen constituunt, quòd stillicidium ex alto, & guttatim cadat, flumen verò, vel ex alto per canales collectâ aquâ pluviâ, vel ex inferiore loco, cum impetu irruat in aream vicini. Alii tamen negant hoc sufficere ad constituendas diversas servitutes. Quæstio est, & lis nullius momenti; & ideo negligenda, cùm sit potiùs quæstio nominis quàm rei.

Servituti hactenus explicatæ opponitur servitus stillicidii non avertendi: nimirum: Ius quo quis vicino necessitatem imponit, stillicidium suum non avertendi aliò quàm in aream prædii dominantis. Non malè diceretur: *Ius recipiendi stillicidii vicini in aream suam.* In qua servitute iterum apparet, non esse universim verum, quòd non detur servitus prædiorum ad aliquid agendum: reverâ enim hac servitute id agitur, ut vicinus cogatur dirigere stillicidium in aream vicini, ob varias commoditates.

Vtilitas autem multiplex esse potest, v. g. si ædium dominantium cisterna implenda est, hortus, aut viridaria irriganda, cloaca eluenda, &c. Quibus sæpè aqua ex proprio tecto cadens non sufficit.

175. Hinc planè videntur rectè colligere Cæpolla, & Schneidewein (contradicente licèt VVaizenegger) quòd ad Dominum prædii servientis spectet, ut suis impensis reficiat canales, & tegulas ex quibus stillicidium cadit. Cùm enim à principio ità constitutum sit, ut stillicidium

aliò non avertatur, profectò ne aliò avertatur destructione canalium, cavere debet, qui servitutem sibi impositam habet, nec ad hoc constituendum opus erat alio Iure, sed suffici bat paritas cum servitute oneris ferendi, cui annexa est obligatio reparandi parietem, aut columnam, ut dictum est.

Servitus Cloacæ.

176. Est Ius immittendi cloacam, hoc est meatum subterraneum, in ædes, aream, agrum, vel solum vicini, ad sordes evehendas. de qua est l. 7. ff. de servit. ibi *Ius cloacæ mittendæ servitus est.* Numeratur quidem inter servitutes rusticas *l.* 2. *ff. de ser. præd. rust.* sed sensus est, quòd propter incidentem usum possit etiam rusticis prædiis imponi, sicut etiam servitus altiùs tollendi, protectum habendi, quæ ibidem numerantur, cùm tamen certum sit, ex natura rei esse servitutes Vrbanas, eò quòd finis earum in urbanis prædiis maximè, & per se locum habeat. Exstat in Digestis specialis titulus de Cloacis, ubi tale Edictum prætoris ponitur. Prætor ait: *Quominus illi cloacam, quæ ex ædibus ejus in tuas pertinet* (hoc est, dirigitur, extenditur, pervenit, ut exponitur *l.* 1. §. 10) *quâ de agitur, purgare reficere liceat: vim fieri veto: damni infecti, quod operis vitio factum sit, cavere jubebo.* Quo edicto datur Domino facultas intrandi ædes vicini, aperiendi pavimentum cloacæ, eámque purgandi: ità tamen ut cautionem damni infecti præstare cogatur.

§. III.

De Servitutibus Prædiorum Rusticorum.

177. Sequentes enumerantur. 1. Iter. 2. Actus. 3. Via. 4. Aquæductus. 5. Jus aquæ educendæ. 6. Aquæ haustus. 7. Pecoris ad aquam appulsus. 8. Ius pascendi. 9. Calcis coquendæ. 10. Arenæ fodiendæ. 11 Cretæ, vel lapidis eximendi. 12. Ius navigandi per lacum vicini. 13. Ius temonis immittendi, de quo jam suprà dictum.

Servitus Itineris.

178. Est Ius eundi ambulandi hominis, non etiam Iumentum agendi, vel vehiculum per fundum alterius. *l.* 1. *h. t.* Ire autem non tantùm dicitur, qui pedes incedit, sed etiam qui equitat, sellâ aut lecticâ vehitur. *l.* 7. *l.* 12. *h. t.* Iumentum tamen agere, vel vehiculum non licet. *ibid.* quod intellige de modo communi quo jumenta agi solent: nam ex equo descendere, eúmque manu ducere utique licet, quidquid abnuat Harpprecht, quia tunc adhibetur equus principaliter itineris conficiendi gratiâ, non oneris ferendi gratiâ agitur, ut cùm jumenta onusta incedunt.

Si iter, in ipsa servitutis constitutione, ità designatum est, ut in certa parte fundi definietur, extra illam non licet ire, quia conventioni standum est. *l.* 1. *ff. de pactis.* Si verò indefinitè, & sine ulla determinatione constituta sit, tunc eligenda est quædam pars fundi determinata per quam eatur. *l.* 13. § *si totus. ff. h. t.* ibi. *Si iter actúsve sine ulla determinatione legatus est, modo determinabitur, & quà primùm iter determinatum est, eà servitus constitit: cæteræ partes agri liberæ sunt.* Dissentiunt quidem ICti, ad quem spectet electio, & designatio, alii volunt ad dominum prædii dominantis, alii ad Dominum prædii servientis spectare: verùm mihi videtur observandus textus §. relati, ubi statim subjungitur: *igitur arbiter dandus est, qui determinare debet.* Quod intelligo: nisi ipsimet inter se facilè convenire possint.

Servitus Actûs.

179. Est Ius agendi, vel jumentum, vel vehiculum. *l.* 1. *ff. h. t.* ubi additur: *itaque qui habet iter, actum non habet, qui habet actum, & iter habet, eoque uti potest etiam sine jumento.* Agere hìc ille dicitur, qui cogit aliquid, ut procedat, quod in brutis, & vehiculis contingit, quæ non procedunt, nisi operâ, & directione hominum promoveantur. *l.* 235. *ff. de V. S.*

180. Contra id tamen quod ex communi DD. (solo Fabro contradicente) & ex recitato textu (ad quem Faber aliud respondere non potuit, quàm dicendo, illas particulas: *etiam sine jumento*: ab aliquo imperito adjectas esse) dictum est, nempe servituti actûs inesse Iter, objicitur 1. ex *l. loci* 4. §. 1. *ff si servit. vindic. Qui iter sine actu, vel actum sine itinere habet, actione de servitute utetur.* ubi manifestè supponitur, actum sine itinere esse posse. Ad hoc respondent Bacchovius, Harpprecht, & ante hos P. Molina *tr.* 2. *d.* 780. *n.* 3. posse utique speciali conventione has servitutes ab invicem separari non sine utilitate, cùm longè frequentior causa sit eundi, quàm agendi, & ideo quandoque faciliùs permittatur actus, quàm iter: ergo actus sine itinere constitui potest: si tamen exclusio non exprimatur, statur Iuri communi, & Iter actui inest.

Objicitur 2. ex *L. si Mater.* 11. §. *si quis iter.* 6. *ff. de except. rei judic.* ubi statuitur, exceptione rei judicatæ non submoveri eum, qui iter petiit, & succubuit, quin possit actum petere. Atqui esset planè submovendus, si in Actu contineretur iter. textus sic habet. *Si quis Iter petierit, deinde Actum petat: puto fortiùs defendendum, aliud videri tunc petitum, aliud nunc: atque ideo exceptionem rei judicatæ cessare.* Ad hoc respondet P. Molina, suspicando, quòd in illo casu quo loquitur textus, ex diversa causa, & titulo obvenerit servitus actûs à præcisa servitute itineris, circa quam damnatus antea fuit. Aliter respon-

respondent Cuiacius & Duarenus, iter actui inesse tacitè, ex consequentia, non Iure actûs, non nominatim, & ideo eum, cui actus in specie constitutus est, iter per se vindicare non posse, sed solum actum: ut proinde mirum non sit, exceptionem rei judicatæ non obstare illi, qui volens iter vindicare succubuit. Si verba legis spectentur, admodum probabilis est interpretatio Forcatuli, in citato §. tractari de eo, qui non actione confessoriâ, sed personali egit, ut iter sibi constitueretur in certa fundi parte: & hunc actorem, si succubuerit, non prohiberi denuo actione experiri ad constituendum actum.

181. Quod dictum est, Actum esse Ius etiam vehiculum ducendi, non est ità universale, ut non possit abesse, v.g. ob angustiam spatii designati. *Lege 13. ff. de servit.* [Si tam angusti loci demonstratione factâ, via concessa fuerit, ut neque vehiculum, neque jumentum eâ inire possit, iter magis, quàm via aut actus acquisitus videbitur; sed si NB. jumentum eâ duci poterit, non etiam vehiculum, actus videbitur acquisitus.] Unde consequens est, etiam conventione partium posse ab invicem separari: sed nisi expresè conventum fuerit, semper censentur conjuncta, si spatii latitudo patiatur. Pari ratione modus adjici potest: [veluti quo genere vehiculi agatur, vel non agatur: veluti ut equo duntaxat, vel ut certum pondus vehatur, vel grex ille transducatur, aut carbo portetur,] inquit Papin. *in lege 4. ff. de servit.* Sed quid si quis modum constitutum non servaverit, an servitutem hoc ipso amittet? ℞. Negativè. Sic enim respondet Marcellus *L. 11. ff. quemad. ser. amit.*

Latitudo Actûs, sicut & itineris, arbitraria est & conventionalis. Iter plerumque ad duos pedes, Actus ad quatuor in porrectum, ad octo in anfractum constituitur.

Servitus Viæ.

182. Est *Jus eundi, agendi, & ambulandi.* ità Vlp. in *l. 1. ff. h. t.* contra quam definitionem, quam vel corruptam vel mancam esse contendunt magni DD. objicitur principaliter, quòd hac ratione Actus & Via non differrent, quod tamen ipsis Juribus repugnat. Sequela patet ex dictis de Actu. Mihi, ut verum fatear, non est improbabilis conjectura Connani & Donelli, Gothofredi, VVolfii, Perezii, VVesenbecii, Manzii, quòd pro vocabulo: *Eundi*, legendum sit: *Vehundi.* quo vocabulo comprehenditur differentia Viæ ab Actu. & quidem Connanus ait, se hujus lectionis indicia in Codice veteri deprehendisse. Donellus etiam acutè observat, quòd ratio præcedentium definitionum Itineris & Actûs hanc lectionem *Vehundi*, pro: *Eundi*: exigat. Nam Iter definitum est Jus *Eundi*: nempe quia dicitur ab *Eundo.* Actus Ius *agendi.* consequens ergo erat, ut *Via* diceretur Ius *Vehundi.* quia via etiam dicitur à Vehundo, sicut actus ab agendo, iter ab eundo. *Dicamus ergo*: inquit *Viam esse Jus Vehundi, & agendi, & ambulandi: tum, ut cætera omnia, sic & superiora duo complecti. Vehi enim dicuntur omnia, quæ trajiciuntur, sive ea ferimus* (ut hastam aut perticam erectam) *sive agimus ante nos, sive ducimus nobiscum, sive post nos trahimus*, v.g. tignum, lapidem, fasces lignorum. Ità Donellus, & reipsâ reliqui citati. Quia tamen juris correctio odiosa est, ideo definitio defendi potest dicendo, quòd sufficienter expressa sit differentia Viæ ab Actu, quatenus Actus definitur non per vocem *agendi* illimitatè & universalissimè sumptam, sed cum adjecta restrictione: *Jumentum vel vehiculum*: Via verò, nullâ factâ adjectione: unde & plerumque Ius trahendi lapidem aut trabem, ferendi hastam aut vexillum erectum (salvis tamen fructibus pendentibus) includit.

183. Differt Via ab actu 1. Qui Viam habet, Iter & Actum habet principaliter & nominatim, ità ut ex vi & natura viæ possit vel utrumque simul, vel separatim, aut uno verbo Viam vindicare, quæ in actu non verificantur, ut in præced. dictum est. 2. Ius agendi vehiculum, salvâ viæ substantiâ, abesse non potest, sicut ab actu, ut paulò antè dictum. potest tamen à via abesse jus trahendi lignum aut lapidem, ut colligitur ex l. 7. ubi dicitur: *Qui viam habent, eundi agendique jus habent, plerique & trahendi quoque, & rectam hastam ferendi, si modò fructus non lædat.* Ex quibus verbis confirmatur, textum Definitionis non esse corruptum, alioquin & hîc deberet scriptum esse, *Vehundi*; & non, *Eundi.* 3. Viæ latitudo ex lege 12. tab. in porrectum octo pedes habet, in anfractum, nempe ubi flexum est, sexdecim. l. 8. ff. h. t. Quodsi latitudo viæ demonstrata fuerit, sed locus tam angustus sit, ut jumentum quidem agi possit, non item vehiculum, non erit Via, sed Actus. Quodsi nec jumentum agi potest, propter angustiam, nec actus nec via erit: *l. 13. ff. de servit.* cui legi accommodari debet *l. 23. ff. de serv. præd. rust.* quæ alioquin contraria videri posset, dum dicit, quod sit Iter, & non via, si ob angustiam vehiculum ire non possit; subintelligendum enim est: *nec jumentum agi.* alioquin esset apertè contraria legi 13. citatæ, quæ expressè dicit: *Sed si jumentum eà duci poterit, non etiam vehiculum, Actus videbitur acquisitus.*

184. Servitus viæ (idem cum proportione de Itinere & Actu) non multiplicatur secundùm fundorum servientium numerum *l. 18. ff. h. t. Vna est via, etsi per plures fundos imponatur, cùm una servitus sit.* Interest autem hoc nosse: nam si per unum fundum ivero, non verò per alium tanto tempore, quanto servitus non utendo amittitur, tunc nihilominus totam servitutem retinebo, ut habetur eâdem l. 18. Multiplicatur autem servitus, si non solùm sint plura prædia

 domi-

dominantia, sed etiam diversi eorum domini; unde sit ut si unus remitteret servitutem, non propterea ab altero liberaretur. *l. 32. ff. de serv. præd. urb. paulò ante §. 1.*

Servitus Aquæ ductûs.

185. EST Ius aquæ ducendæ per fundum alienum *l. 1. ff. h. t.* Ex quocunque loco qui perpetuam aquam habet, servitus hæc constitui potest. *l. 9. ff. h. t.* Fistulas, tubulos, sive canales, rotas, machinas, si quæ adhibentur, ille reficere debet, cujus fundo servitus debetur, nam quoad hanc servitutem nulla est exceptio à regula generali, quòd servitus non sit ad faciendum, sed ad patiendum aut non faciendum. *l. 15. ff. de servit.*

Dubium est, an quis vi aquæ ductûs constituti possit rivum deprimere vel allevare. rationem dubitandi faciunt leges in speciem contrariæ: nam *l. 11. ff. communia prædior. in pr.* hoc affirmatur: ibi. *sed & depressurum, vel adlevaturum rivum per quem aquam jure duci potestatem habes, nisi si, ne id faceres cautum sit.* contra facit *lex 1. §. fin. ff. de rivis.* ibi. [Sed etsi eundem rivum deprimat, vel attollat, aut dilatet, vel extendat, vel operiat apertum vel contra. ego cæteros quidem impunè prohiberi puto: at enim eum qui operiat apertum vel contra, eum non puto prohibendum, nisi si quam majorem utilitatem suam adversarius ostendat.] & in *l. 3. §. pen. ff. de Itin. actuque priv.* sic habetur. *Reficere sic accipimus, ad pristinam formam iter & actum reducere: hoc est, ne quis dilatet, aut producat, aut deprimat aut exaggeret.* His juribus permotus Vigelius *Meth. Jur. Civ. l. 8. c. 8. q. 5. Reg. 2.* suspicatur, legem 11. cit. esse mendosam, quod credo.

186. Postquam aqua in prædium dominans deducta est, licet domino aquam ulteriùs in alium locum dirigere, v. g. in commodum alicujus alterius vicini. *l. 1. §. 16. ff. de aqua quot. & æstiva.* neque enim prædii servientis interest hoc non fieri, dummodo in ejus fundo non faciam alium rivum, nec alio modo illi noceatur: sicut is cui iter debetur, semel in suum fundum ingressus inde egredi potest quà velit. Neq; dicas, quòd servitutes ultrà non constituantur, quàm quatenus ad usum certi fundi necessarium est. *l. 5. ff. h. t.* hoc enim totum servatur in casu posito: sicut qui usumfructum aut usum habet, potest se genio suo fraudare in favorem alterius; multò magìs aquâ redundante, prout in servitute hac plerumque in fundo dominante redundat, & durum nimis esset, dominum obligari ad aquam aggeribus coërcendam sine ullius commodo.

187. Si prædium dominans per alluvionem auctum fuerit, non propterea servitus crescit, hoc est non propterea major aquæ mensura debetur: non enim modus prædiorum, sed servitus aquæ ducendæ terminum facit. *l. 12. C. de servit & aqua.*

Si partem fundi mei cui aqua debetur, tibi vendidero, aquæ divisio fit pro modo sive quantitate agri tibi alienati & à me retenti. *l. 25. ff. h. t.* ubi additur: [neque ibi aut bonitatis agri, aut usûs ejus aquæ ratio habenda est: ità ut eam solam partem fundi, quæ pretiosissima sit, aut maximè usum ejus aquæ desideret, jus ejus ducendæ sequatur: sed pro modo agri detenti aut alienati fiat ejus aquæ divisio.]

188. In l. 10. ff. h. t. solvitur dubium, utrum, si aqua nondum apparet, possit nihilominus aquæ ductûs vel Itineris servitus acquiri. *Labeo ait, talem servitutem constitui posse, ut aquam quærere, & inventam ducere liceat.* Probat id à pari. [Nam si liceat nondum ædificato ædificio servitutem constituere, quare non æquè liceat nondum inventâ aquâ eandem constituere servitutem? & si, ut quærere liceat, cedere possumus, etiam ut inventa ducatur, cedi potest.]

189. Non est de ratione hujus Servitutis, ut aqua per alienum fundum ducatur. ponamus enim fundum meum ità vicinum esse fonti aut flumini privato, ut statim ex eo sine contactu alienæ glebæ aquam in meum fundum ducere possim, servitus consistet, quia sufficit flumen esse privatum, & ab eo tanquam ad alienum prædium spectante servitutem meo prædio deberi.

In l. 35. resolvitur alius casus, an si fons exaruit ad tempus, sed postea iterum ad suas venas aquámque rediit, servitus fuerit amissa? & respondetur, pristinum jus esse restituendum.

190. Pro defensione hujus Servitutis ultra actionem Confessoriam variis Interdictis succurritur illi qui ab illius usu impeditur. Primum est Interdictum de *Aqua quotidiana*, hoc est, ea, quæ quotidie ex proposito utentis, ex natura aquæ, & utilitate loci duci potest, etiamsi non ducatur quotidie. utque hoc interdictum competat, satis est, si quis hoc anno, vel unicâ die aut nocte duxerit. *l. 1. ff. de aq. quot. & æst.* Ait Prætor. *Vt hoc anno aquam quâ de agitur, non vi, non clàm, non precariò ab illo duxisti, quo minùs ità ducas, vim fieri veto.* deinde §. 4. additur declaratio. *Quod autem scriptum est in Interdicto: uti hoc anno aquam duxisti. hoc est; non quotidie, sed hoc anno, vel unà die, vel nocte.*

191. Alterum Interdictum est de Aqua æstiva, quæ non nisi æstate duci potest, vel quam natura loci non admittit nisi æstate, vel si quotidie quidem duci possit, ex proposito tamen utentis, vel ex conventione solùm ducitur æstate: per hæc itaque differt aqua æstiva ab aqua quotidiana, de qua exstat Interdictum Prætoris. *l. 1. §. 29. de aq. quot. & æst.* *Vti priore æstate aquam*

quam quà de agitur, nec vi, nec clàm, nec precariò ab illo duxisti, quominus ità ducas vim fieri veto. Quidsi autem aliquis non duxit aquam priore æstate, sed hâc, quâ ei vis fit ne ducat; vel; quidsi quis duxerit non in æstate sed in hyeme? Respondet ICtus §. 35. & 36. adhuc illi competere utile interdictum.

192. Sunt & alia Interdicta utilissima, de quibus est titulus *ff. de Rivis*, & tit. *de fonte*, quibus providetur & consulitur perpetuitati aquæ ducendæ, & contra impedientes rivorum aut fontium purgationem aut refectionem possidentibus bonâ fide succurritur.

Ad servitutem aquæductûs revocari potest Ius aquæ derivandæ. Nam seclusâ servitute non est permissum opere manufacto aquam ex superiore loco in inferiorem derivare. *l. 29. ff. h. t.* benè autem, constituta servitute.

Item huc revocari potest Ius aquæ non intercidendæ seu præscindendæ. Seclusâ enim servitute, potest vicinus venas in suo fundo existentes incidere, & sic impedire, ne aqua ad tuum fundum perveniat. *l. si in meo. 21. ff. de aq. plu. arc.* Similiter possum in mea domo aperire puteum, non obstante quòd venæ putei tui præscindatur. *l. 24. §. fin. ff. de damno infecto*, ubi dicor hoc jure meo facere. Unicuique enim licet in suo ædificare in suam utilitatem, etsi per consequentiam vicino noceatur. sic ex communi Juristarum contra Cuiacium & Zæsium, licet in proprio pariete fenestram aperire, cum molestia vicini, nisi constituta sit servitus non aperiendi. Servitus tamen constitui potest, ut nunquam vicino liceat venas incidere. *l. 21. cit.* ibi [Si in meo aqua erumpat, quæ ex tuo fundo venas habeat; si eas venas incideris, & ob id desierit aqua ad me pervenire, tu non videris vi fecisse, si nulla servitus mihi eo nomine debita fuerit: nec Interdicto, quòd vi aut clàm teneris.] Unde deducunt Iuristæ, hoc jus incidendi non fuisse præscriptum, etiamsi mille annis aqua jam fluxisset, quia præscriptioni locus non est, si aqua per venas subterraneas decurrat in meum fundum: requiritur enim in acquirenda servitute factum illius, qui asserit, sibi competere servitutem, & patientia alterius de cujus fundi servitute agitur, ut constabit ex dicendis de præscript. in casu autem posito non facto hominis, sed naturâ aqua ponitur fluxisse.

Hinc pariter infertur, licere Domino fundi superioris in commodum sui fundi retinere, & sistere aquam, alioquin ex natura & situ loci defluxuram in fundum inferiorem, nisi servitus *non sistendi* constituta fuerit, quæ non præsumitur constituta, etiamsi plurimis annis fluxerit, quia non facto hominis fluxit.

Servitus Aquæ haustûs.

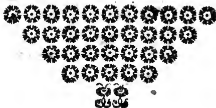
193. EST Ius aquæ hauriendæ ex flumine, fonte, vel puteo, vel alia aqua vicini, quatenus fundo, vel in eo laborantibus opus est. Colligitur ex *L. 1. 2. & 3. ff. h. t.* Et quidem l. 3. §. ult. habetur, aquæ haustu concesso, iter quoque concessum esse: [Et ut ait Neratius, sive ei jus hauriendi & adeundi cessum sit, utrumque habebit: sive tantùm hauriendi, inesse & aditum: sive tantùm adeundi ad fontem, inesse & haustum.]

194. Sed hinc nascitur dubium, an, qui ad fontem iret, non tamen hauriret aquam, amitteret servitutem tam aquæ haustûs quàm itineris, intra tempus requisitum ad amittendam servitutem per non usum. Ad hoc respondet Labeo *L. 17. ff. quemad. servit. amitt. Si is qui haustum habet, per tempus quo servitus amittitur, ierit ad fontem, nec aquam hauserit, iter quoque eum amisisse.* Quod quidem adeo paradoxum visum est quibusdam Juristis, ut dixerint, omissam esse part. *Nec*, ante: *ierit.* Communiter tamen retinetur lectio, & respondetur affirmativè.

Objicitur: Actus non amittitur, si quis usum itineris, qui actui inest, non intermiserit, etiamsi non egerit jumentum aut vehiculum. *l. 2. eod.* ergo nec iter amittetur per non usum aquæhaustûs, & per usum itineris aquæ haustus etiam retinebitur. ℞. Negando paritatem. Disparitas est, quia iter in aquæ haustu est accidens, nam solùm propter aquæ haustum conceditur, at verò Actui est iter essentiale.

Potest ex eodem loco pluribus aquæ haustus constitui, & sic hæc servitus multiplicari. *L. 2. ff. §. 1. h. t. Aquæ ductus, & haustus aquæ per eundem locum ut ducatur., etiam pluribus concedi potest.*

Huic servituti non absimilis est servitus, quæ dicitur, *Pecoris ad aquam appulsus.* Est enim Ius pecoris ad vicini aquam appellendi, ejus adaquandi gratiâ. *L. 1. 4. & 5. ff. h. t.* Comprehenduntur autem pecoris appellatione quadrupedes quæ gregatim pascuntur, ut oves, capræ, boves, equi, muli, asini. Quodsi pro certo numero constituta est hæc servitus, & in appulsu numerus excedatur, potest quoad excessum repelli. *L. 1. §. 18. ff. de Aq. quot. & æst.* ibi. [Marcellus ait, si quis Ius habens pecoris ad aquam appellendi, plura pecora appulserit, non in omnibus pecoribus prohibendum: quia pecora possunt separari.]



Servitus Pascendi pecoris.

195. Est Ius pascendi pecus in fundo alieno alicujus privati. Servitus hæc prædialis est, quando unius prædii pascua non sufficiunt, tunc enim interest prædii, si pecora liceat in pascua vicina agere. Absque servitute autem constituta hoc nemini licet, & si quis attentaverit, vel non custodiverit pecora sua, quominus ingrediantur aliena pascua, non solùm ex lege Aquilia conveniri potest, vel de pastu pecoris *L. 14. §. f. ff. de præscript. verb.* sed etiam consuetudine receptum est, ut pecora deprehensa includantur, donec damni fiat compensatio: quamvis Iure communi hæc inclusio non liceat *L. 39. ff. ad L. Aquil.* Iure Bavarico L. R. t. 27. a. 7. & 8. statutum est, ut locorum consuetudo, vel abigendi, vel pignoris loco retinendi servetur, non diutiùs tamen, quàm unâ nocte læsus in sua custodia detineat, sed statim agat in judicium, &c. De iis, qui noctu deviantia pecora includunt, cavetur, ut statim altero die pecora inclusa iterum in pascua agant, neque occultent, alioquin de furto rei pronuntiandi.

196. Sed, & qui constitutam servitutem habet, non debet eâ uti cum pecoribus morbo contagioso affectis, ne & aliena pecora inficiantur: semper enim hæc exceptio subintelligitur. Immeritò tamen à Iuristis in hunc finem allegantur can. 16. & 17. c. 24. q. 3. ubi non est sermo de obligatione separandi ex Iustitia, sed ex officio boni pastoris, aut patrisfamilias, in bonum proprii gregis.

197. Domino prædii servientis non licet servitutem deteriorem facere, sed debet in eo statu relinquere, qui in pactum deductus est. Quodsi vellet formam mutare, v. g. si ex agro vellet facere stagnum pro piscibus, plantare vites, &c. potest nuntiatione novi operis, vel confessoriâ adigi ad abstinendum ab opere: vel etiam, si contradicente domino servitutis forma mutata est, ut pascua haberi non possint, tunc si opus est reducibile ad pristinum statum, agi potest ut restituatur, & ut damnum emendetur. *l. 2. C. de lege. Aq.* per actionem legis Aquiliæ, vel per Interdictum: *quod vi, aut clàm.* quodsi non est reducibile ad pristinum statum, tunc solùm agi potest ad æstimationem damni seu interesse, per eandem actionem.

198. Si plures habent Ius compascendi in eodem loco, & pro eodem tempore ac modo, non potest, per se loquendo, unus altero invito provocare ad divisionem, si divisio esset alteri damnosa; tot enim tunc sunt servitutes, quot sunt fundi dominantes. Dixi: *per se loquendo*: nam ex justa causa peti posset, v. g. si alter rixosus esset, ut fuerunt pastores Abrahæ & Loth. Quodsi in divisionem consentiant, & divisio non sit damnosa domino prædii servientis, hujus consensus non requiritur, secùs si esset damnosa.

Servitus cretæ eximendæ, calcis coquendæ, arenæ fodiendæ.

199. HÆ servitutes, & Iura facilè intelliguntur, nihilque speciale habent, nisi quòd æquè facilè possint esse servitutes personales ac reales, nempe si non primariò in commodum prædii dominantis constitutæ sunt, cujus causam meliorem faciant: & tunc finiuntur, sicut aliæ servitutes personales. Hujusmodi etiam sunt: Ius figulinæ habendæ, tugurii in alieno habendi, uvæ in alieno exprimendæ, excutiendi frumentum in aliena area, ligna secandi, lapides cædendi aut eximendi: in quibus omnibus consuetudo potiùs, quàm Ius scriptum attendendum est. Ut Interpretes monent; ob quam causam supervacaneum duxi plures leges in propriis terminis allegare. Et hæc de servitutibus.



CAPUT

CAPUT III.

DE JURE POSSESSIONIS.

De acquirenda vel amittenda possessione exstat in Digestis titulus secundus libri 41. In Codice lib. 7. titulus 32. de acquirenda & retinenda possessione.

CONTROVERSIA I.

Quomodo sit intelligenda definitio Possessionis, prout abstrahit à Possessione Iuris, & facti simul, & à Possessione mera facti.

SUMMARIUM.

Possessio Facti non est confundenda cum mera detentione. 200.
Commoda Possessoris Iuridicè accepti. 201.
Possessio est genus ad justam & injustam. 202.
Possessio Facti in genere quomodo definienda. 203.
Corporalis detentio non sufficit ad acquirendam possessionem Juridicam. 205.
Intentio detinendi rem ut meam, etiam non sufficit. 206.
Quid sit Possessio Civilissima. 207.
Quomodo Creditor possideat pignus. 208.

200. NAtura Possessionis, tam Facti, quàm Iuris, prout distingitur à mera Detentione, quæ à Juristis vocatur Possessio asinina, & cum qua non rectè confunditur possessio facti, cognitu difficilis est & intricata, ob varias Iuris constitutiones; unde fit, ut natura possessionis non à Iure naturali, aut gentium, sed à Iure positivo humano planè pendeat. Ut autem doctrinæ utilitas (quæ Philosophis videri posset mera lis de nomine) meliùs apprehendatur, visum est in compendio præmittere commoda & emolumenta Possessoris, quæ in progressu declarabuntur.

201. Itaque varia sunt Possessoris Iuridicè accepti, tametsi rei possessæ Dominus non sit, emolumenta à Iure concessa, eáque potissimùm septem.

Primum est, quòd res bonâ fide possessas (nisi specialiter exceptæ sint) possessione legitimi temporis præscribat, hoc est, earum Dominium acquirat: de quo modo acquirendi dominium Iure Civili, infrà plenè tractabitur.

Secundum, in dubio, quisnam sit rei possessæ Dominus, melior est conditio possidentis, ità ut stante dubio, quod nullâ morali & communiter adhiberi solitâ diligentiâ deponi potest, non teneatur restituere, fructúsque perceptos, & bonâ fide consumptos non teneatur restituere, si postmodum appareat alium esse Dominum; de quo pluribus infrà.

Tertium, Possessor in Iudicio petitorio pro Domino habetur, & præsumitur, & ideo probationis onere sublevatur, quod onus incumbit ei, qui possessori litem intentat, & nisi dominium manifestè probet, aut injustam possessionem alterius, causâ cadit. §. *Commodum. Instit. de Interdictis. c. sæpe. de restit. spoliatorum. L. finali. C. de rei vindicat.* Hujus emolumenti præstantia inde constat, quòd dominium sæpe sit difficilis probationnis.

Quartum, Possessor in petitorio conventus, non tenetur edere titulum suæ possessionis, saltèm per se loquendo. *L. cogi. 11. C. de petitione hæreditatis.* ibi. [Cogi possessorem ab eo, qui expetit, titulum suæ possessionis dicere, incivile est, præter eum (scilicet) qui dicere cogitur, utrum pro Possessore, an pro hærede possideat.]

Quintum, Possessio immemorialis supplet omnes præsumptos defectus vitiositatis, nullitatis, simulationis, éstque probatio probata tituli, nec patitur inquisitionem de titulo, sed munit Possessorem privilegio singulari, ut tradunt RR. Jureconsulti, & colligunt ex cap. *sup. quibusdam.* §. *præterea. de V. S.* ibi. [Præterea cùm pædagia, quidagia, salinaria tibi legatus interdixerit memoratus, auctoritate Apostolicâ duximus declarandum illa esse interdicta, quæ non apparent Imperatorum, vel Regum, vel Lateran. Concilii largitione concessa, vel NB. ex antiqua consuetudine à tempore cujus non extat memoria, introducta.] Et ex lege *hoc Iure* §. *ductus aquæ. ff. de*

ff. de aqua quot. ibi. *Ductus aquæ, cujus origo memoriam excessit, constituti loco habetur.*

Sextum, si quis à possessione rei, quam naturaliter & civiliter possidet, sive justè, sive injustè, vi dejiciatur, dejiciens seu invasor non solùm pellitur à possessione, sed etiam tenetur ad omnes fructus, & damna subsecuta, & insuper amittit rem illam vi possessam, si erat ipsius, si verò non erat ipsius, cogitur eam spoliato restituere, & insuper æstimationem illius. *L. si quis in tantam. C. unde vi. §. Ità tamen Instit. de vi bonorum rapt.* Eâdem pœnâ tenetur, qui ingreditur possidendam rem, quam scit ad alium pertinere, esto determinatè nesciat Dominum. *L. fin. C. unde vi.* ibi. [Nos non concedentes, aliquem alienas res, vel possessiones per suam auctoritatem usurpare, sancimus, talem possessorem ut prædonem intelligi, & generali Iurisdictione eâ teneri, quæ pro restituenda possessione contra hujusmodi personas veteribus declarata sunt legibus.]

Septimum denique emolumentum continetur in actione Publiciana, quæ est actio prætoria, & conceditur illi, qui bonâ fide rem quandam à non Domino ex justa aliqua causa sibi traditam, & nondum usucaptam amisit. In hoc, inquam, casu, cùm non detur rei vindicatio ob defectum dominii, Prætor tamen ex singulari æquitate dat actionem realem, & permittit vindicare perinde acsi jam fuisset res usucapta, adversus quemvis possessorem, (vero Domino excepto, & eo qui cum titulo possidet) quâ actione petit actor se rei quasi Dominum declarari, eámque sibi unà cum fructibus, damnis, & expensis restitui. De qua actione est integer titulus 2. Digest. lib. 6. de Publiciana in rem actione, & tractabitur infrà Tract. ult. cap. de Præscript. in fine.

202. Possessio ut sic, Iuridicè, & legisticè sumpta est Genus ad Possessionem Iustam (quæ vocatur Possessio Iuris) & Possessionem injustam. Possessio prout sic abstrahens à membris dividentibus vocatur *Possessio Facti*: unde possessio injusta est mera, & pura puta *possessio facti*, carens possessione Iuris, hoc est justâ. Unde Molina, Lugo, & alii reprehendunt Bartolum, quòd Possessionem in genere definiverit, esse *Ius insistendi.* Non enim convenit hæc definitio Possessioni injustæ, quæ tamen est Possessio Iuridicè sumpta, ut constabit ex dicendis. Nunc ergo ad definitionem accedendo,

203. Possessio facti in genere, prout abstrahit à Possessione Iuris & facti simul, & à possessione facti tantùm, communiter, & commodè, sic definitur. *Rei corporalis detentio, corporis, & animi, Iurisque adminiculo.* Quæ definitio indiget accuratâ declaratione, ut molestis replicis obvietur.

Dicitur 1. *Rei corporalis detentio*, seu Apprehensio: nam rerum incorporearum non datur propriè dicta possessio, ut habet communis loquendi modus, fundatus in quibusdam legibus vocantibus rerum incorporearum *quasi possessionem.* sic in lege 10. ff. si servit. vindic. loquitur Ulpianus de quasi possessione aquæductûs. Verùm hodie rigor iste non observatur, ut notant communiter RR.

204. Dicitur 2. *Corporis, & animi, Iurisque adminiculo.* quibus verbis Possessionis differentia à nuda detentione indicatur, ad quam tria requiruntur. Primò: Detentio corporis, seu corporalis, quæ fieri potest verè, vel fictè. Verè fit, manibus, pedibus, ingrediendo partem fundi, vel apprehendendo gemmam, &c. Neque necesse est ad possidendum fundum calcare omnem glebam, sed satis est ingredi unam partem. Ficta detentio fit ex Iuris dispositione, v. g. oculis; si venditor mihi dicat: fundum quem ibi vides, traditum tibi volo. *l.* 1. §. *si jusserim* 21. *ff. de acquir. possess.* ibi. *Non est enim corpore, & actu necesse apprehendere possessionem, sed etiam oculis, & aspectu.* & *L. quod meo §. si venditorem.* ibi. [Si vicinum mihi fundum mercato venditor in mea turre demonstret, vacuámque se possessionem tradere dicat: non minùs possidere cœpi, quàm si pedem finibus intulissem.] Idem est, si tradatur scriptura, Claves, annulus, pileus Cardinalitius, &c. Saltèm in præsentia rei possidendæ. in quo puncto consuetudo attendenda est.

205. Corporalis autem detentio jam explicata non sufficit ad acquirendam possessionem Iuridicè sumptam, alioquin, quidquid calcarem pedibus, aut manibus attrectarem, possiderem; sed insuper requiritur intentio detinendi rem ut meam. Observo autem, non esse necesse, ut intellectus meus judicet, rem esse meam, nam injustus possessor verè, & juridicè, hoc est, non merè physicè, sed in ordine ad aliquos effectus civiles possidet, ut videbimus, & tamen benè conscius est, rem quam detinet, non esse suam, sed à se furtivè detineri; sufficit ergo habere intentionem ità detinendi, ut velit ab aliis pro domino talis rei haberi, ac proinde posse disponere instar veri domini, & saltèm quoad externam apparentiam videri dominus.

206. Portò nec hæc Intentio sufficit sine corporali (vera, vel ficta) detentione, alioquin si vellem partes mundi necdum repertas esse meas, jam eas possiderem. Imò nec hæc duo simul sumpta sufficiunt; quia leges quasdam res excipiunt, quas etiamsi eo animo detinueris, ut habearis earum dominus, leges tamen reddunt hujusmodi Detentionem, & Intentionem inefficacem in ordine ad illos effectus, quos suprà retulimus: hujusmodi sunt Res Sacræ, & Religiosæ, & quæ publicæ commoditati deputatæ sunt, ut pontes, viæ.

207. In quem finem adduntur in definitione illæ particulæ: *Iurisque adminiculo*, hoc est: lege non resistente, seu refragante: sicut enim leges

leges nolunt quasdam res posse usucapi, aut præscribi, sic etiam quasdam nolunt esse in hominum commercio, aut dominio, nec juridicè possideri.

Contra hanc definitionem opponi posset. 1. Quòd in quibusdam Regnis detur Possessio, quæ vocatur *Civilissima*, & comparatur sine ulla corporis aut animi detentione, solâ Iuris dispositione, cujusmodi Iura exstant in Gallia, Italia, Lusitania, de quibus P. Molina *tr.* 2. *d.* 12. §. *Tertium.* Responderi solet dupliciter. 1. Nobis sufficere, comprehendi nostrâ definitione Possessiones Iuris Romani. Responderi solet 2. Etiam ibi intervenire fictam detentionem corporis, & animi, quatenus Respublica approbando illas leges, supplet animum illius subditi cui concedit possessionem, & quatenus Respublica censetur omnia continere, & detinere, dum habet potestatem de omnibus disponendi, quæ intra territorium jam possessum, vel in se, vel in aliquo secum moraliter connexo continentur. An Iure Romano continuetur hoc modo possessio rerum hæreditariarum, infrà dicemus Contr. 3. q. 3.

208. Opponi potest 2. Creditor possidet saltèm naturaliter pignus, non merè alieno nomine, hoc est debitoris, sed suo, ut ex communi supponit Arnoldus Rath, de Usucap. c. 5. th. 3. allegans legem *si rem.* 9. §. 2. *L. pignore.* 22. §. *si prædo. l. cùm & sortis.* 35. §. 1. *ff. de pignorat. act.* imò secundùm multos ibidem allegatos, quos etiam sequitur Schneidewein, possidet naturaliter simul & civiliter, & tamen non possidet animo habendi ut suam rem, nec vult dominus pignoris haberi. Objectionem hanc solus, quantùm videri potui, advertit citatus Auctor, & ideo definitionem Possessionis aliter exponit, quòd scilicet non sit necessarius animus habendi rem ut suam, sed sufficiat animus eam *sibi* habendi citra affectum dominii, propter jus aliquod competens in illam rem: & sic jam apparet, quomodo definitio conveniat creditori.

209. Huic doctrinæ, quam etiam tenet Coll. Argen. difficulter acquiesco. Imprimis hac ratione defendi posset, quòd etiam Usufructuarius suo nomine possideret, quia etiam habet animum habendi rem sibi propter jus competens, & tamen ille ipse auctor loco cit. defendit Usufructuarium non proprio nomine possidere sicut creditor pignus. Deinde ex tradita doctrina videtur sequi, quòd Creditor posset præscribere contra jus luendi pignus, quod omnino negandum videtur: sequelam agnoscit doctissimus JC. Hunnius esse legitimam, vol. 2. d. 21. th. 5. ubi probat, jus luendi pignus non posse præscribi, his verbis. [Quicunque pro alio hoc est non sibi sed alii possidet, ille rem quam possidet non potest præscribere. *l.* 2. *ff. qui satisdare cog.* nec quisquam potest causam possessionis sibi mutare. *L. non solum.* §. *quod vulgo. ff. de Usucap. &c.* atqui Creditor non suo sed debitoris nomine possidet, igitur non potest præscribere rem sibi pignoratam, aut titulum possessionis sibi mutare.] Unde colligo econtrario. ergo si suo nomine possideret, nihil videretur obstare præscriptioni: Verùm quidquid de hoc sit, saltèm habeo, hunc Auctorem supponere pro certo, quòd Creditor non suo nomine possideat. Idem tenet Corvinus in Enchiridio lib. 3. tit. 15. §. *Quomodo Pignori incumbit creditor?* respondet his verbis: [Ità ut teneat quidem rem pignori traditam, sed non possideat. *l. pen.* §. *creditor. ff. qui satisdare cog.*] verba legis sunt clara. *Creditor qui pignus accepit, possessor non est, tametsi possessionem habeat, aut sibi traditam, aut precariò debitori concessam.* pergit Corvinus & rationem dat: quia non animo domini, sed ipsi debitori tenet. *l.* 13. *ff. de Usucap.* ubi disertissimè dicitur: *Pignori rem acceptam usu non capimus, quia pro alieno possidemus.* Neque placet subtilitas Collegii Argent. distinguentis inter hæc duo: *Pro alieno, & alieno nomine.* ob allatam instantiam de Usufructuario. Eandem sententiam ex communi Theol. supponit Palao p. 24. n. 4. & fusè prosequitur P. Molina. d. 534. ubi tamen notat, quoad quosdam effectus possidere Creditorem civiliter, & quoad illos effectus posse pignus dici esse creditoris; quo sensu etiam Iuristæ dicunt, dominum pignoris, si pignus furetur, furari rem alienam. Idem Molina d. 12. §. Apprehensio. clarè tradit, Creditorem non suo sed debitoris nomine possidere.

Confirmatur. Quia etiam Colono, Depositario, & Commodatario attribuitur naturalis possessio *l.* 2. §. 1. *ff. pro hærede, vel possessore.* & tamen isti non nisi alieno nomine possident. cujus legis verba VVurmserus *lib.* 4. *tit.* 15. *contr.* 7. intelligit de possessione abusivè sumpta. Habemus ergo parem licentiam sic intelligendi & interpretandi leges tribuentes possessionem creditori. Nulla ergo necessitas cogit, ut definitionem Possessionis in alium sensum, quàm qui traditus est, detorqueamus. Ad objectionem ergo negamus antecedens. Denique dici potest, leges attribuentes Creditori possessionem pignoris, posse intelligi de Iure detinendi pignus alieno nomine, quod habet adversus debitorem, quale jus non habet servus, aut filius fam. aut procurator, aut precariò possidens; & ideo quatenus possidet hoc jus suo nomine, potest dici possidere etiam pignus suo nomine, hoc est in suum bonum & sui debiti securitatem: in quem finem etiam illi Interdictis succurritur. *l.* 2. *C. de prætorio pig.* ibi. *ei recuperationem donamus.* Ex dictis sponte enascitur definitio Possessionis Iuris. nempe, est *Possessio* (quod est genus hactenus declaratum) cum jure insistendi rei. Econtra

Possessio mera facti, est possessio sine Iure possidendi.

CONTROVERSIA II.

In quo differat Possessio Civilis à Naturali, ubi, an possit eadem res, & quo sensu à duobus possideri.

SUMMARIUM.

Possessio alia Naturalis tantùm, alia Civilis tantùm, & alia Naturalis & Civilis. 210.
Potest quis suo nomine possidere naturaliter ad aliquos juris effectus, non possidendo civiliter ad alios effectus. eod.
Potest acquiri alicui etiam ignoranti possessio justa, tam naturalis quàm civilis. 211.
An repugnet, duos eandem rem possidere. 212.
Dominium civile non est simpliciter Dominium, sicut possessio Civilis est simpliciter possessio. 215.

210. Possessio Divisionis celebris est in Possessionem Naturalem tantùm, Civilem tantùm, Naturalem & Civilem simul junctam in eodem subjecto. Declaratur in exemplo. Titius egreditur negotiorum causâ terminos fundi sui, quem naturaliter & civiliter possidebat, & neminem interea custodem relinquit, adeoque naturaliter seu corporaliter nec per se nec per alium possidet: quia tamen iniquum esset, quòd hoc ipso diceretur possessionem amisisse (sic enim nemo ferè unquam quidquam usucaperet aut præscriberet) ideo dicitur Titius adhuc possidere *civiliter*, quia possessio civilis solo animo retinetur, etiam sine possessione naturali; & in æstimatione morali in ordine ad effectus possessionis, perinde est ac si physicè & corporaliter possideret.

Econtra ex Iuris dispositione potest quis etiam suo nomine possidere naturaliter in ordine ad aliquos juris effectus consequendos, absque eo quòd adhuc possideat civiliter in ordine ad alios juris effectus. v.g. quando injustus possessor vi aut clàm ingreditur fundum alienum, animo detinendi ut suum, tunc necdum possidet civiliter, quamdiu verus Dominus animum non deposuit illum iterum ejiciendi in continenti, ut videbimus; tunc enim adhuc absens civiliter possidet, licèt invasor possideat naturaliter. Quodsi autem Dominus intelligens alium naturaliter possidere, vel omnino desperat recuperare naturalem possessionem & ideo non tentat, vel tentat quidem sed repellitur, amittit etiam civilem possessionem, eamque alter acquirit. Porrò tamdiu non censetur animum deposuisse, dum præparat media ad alterum expellendum, conquirendo v.g. socios, scribendo milites, si recuperatio exigat, & illi jus scribendi competat, nisi sit longè inferior invasore.

211. Advertendum hic est, illas personas quæ ratione statûs sui quod acquirunt alteri acquirunt, ut servi, &c. posse alteri acquirere possessionem justam etiam ipso ignorante, tam naturalem quàm civilem; & quidem sive tales personæ velint alieno sive suo nomine possidere; cùm tamen aliæ personæ non possint acquirere alteri possessionem, nisi habeant animum ejus nomine possidendi, ut tutor pupillo.

Dividitur Possessio ulteriùs secundùm diversos titulos possidendi. v.g. dicitur quis possidere pro hærede, pro emptore, pro legato, &c. nempe si possideat titulo hæreditatis, emptionis, legati, &c.

212. Quæstio est, an sicut repugnat duos esse dominos in solidum ejusdem rei, ità etiam repugnet duos eandem rem possidere. Non posse duos eandem rem in solidum possidere videtur asseri *in lege.* 3. §. *ex contratrio. ff. de acquir. vel amit. poss.* ibi. [Ex contrario plures eandem rem in solidum possidere non possunt: contra naturam quippe est, ut cùm ego aliquid teneam, tu quoque id tenere videaris.] & paulò pòst. non magis enim eadem possessio apud duos esse potest, quàm ut tu stare videaris in eodem loco in quo ego sto.] Cæterùm hic textus procedit de possessione ejusdem generis, nempe de duorum possessione naturali. Quæstio autem est, an unus possit possidere civiliter & alter naturaliter, idque fieri posse, diximus in exemplificatione divisionis primæ. nunc autem hoc ipsum ex Iure statuamus, quandoquidem non levis est in hoc puncto inter Iuristas dissensio.

Prima ergo opinio id negat, quam tenet Hugo Donellus *lib.* 5. *comm.* 8. Franc. Connanus *lib.* 3. *comm. c.* 10. Iacobus Cuiacius 9. *observ.* 30. & 17. *obs.* 2. & *ad l.* 3. §. 5. *ff. de ac. poss.* Io. Borcholt. *tr. de aquir. poss. c.* 6. *n.* 18. & *seqq.* quos sequitur Collegii Argentoratense.

Secunda tamen sententia, & affirmans mihi verissima est, quam præter Theologos tenent Vulteius Inst. d. Interdict. n. 13. Hubertus Giphanius, Duarenus, & alii, quos refert & sequitur Hunnius in Treutl.

213. Probatur 1. *ex lege.* 3. *ff. Vti possidetis.* Ubi Vlpianus sic loquitur. *Si duo possideant in solidum, videamus, quid sit dicendum, quod qualiter procedat tractemus: si quis proponeret possessionem justam & injustam, ego possideo ex justa causa, tu vi aut clàm si à me possides, superior sum interdicto: si verò non à me, neuter nostrûm vincetur, nam & tu possides, & ego.* Hæc Vlpianus, non unicè ex Trebatii sententia, ut malè interpretatur Cuiacius, nec ex sententia Sabini, ut vult Borchold, quæ sanè est insolens licentia corrumpendi textum tam clarum. Verior interpretatio est Giphanii, qui dicit hoc *Interdictum Vti possidetis*, dari possidenti tam injustè quàm justè, ità ut is qui justè possidet, sed ab altero injustè dejectus est, habeatur pro possessore, & dejicienti contra illum

illum non prosit hoc *Interdictum*, quamvis contra alium prosit. Hoc totum optimè stat cum hoc, quòd dejectus possideat civiliter, dejiciens autem naturaliter, & utrique detur *Interdictum Uti possidetis*: sed in ordine ad diversos effectus. Quòd autem Donellus dicat, ideo in d. l. non esse sermonem de duobus possidentibus, quia alter injustè possidet, nihil ad rem facit, nam hoc nobis sufficit, cùm etiam injusta possessio sit propriè & juridicè dicta possessio. *l.* 3. §. 5. *ff. de acq. poss.* ibi. *quoniam in summa possessionis non multum interest, justè quis an injustè possideat.* Prӕterquam quòd posset uterque justè, hoc est bonâ fide possidere, si absente priore possessore à suo fundo, alter bonâ fide fundum ingrederetur animo tenendi ut suum. Omitto afferre alias leges quibus utitur Hunnius, nam ex illis non probatur quòd duo possideant ambo suo nomine, sed unus suo, alter ejusdem nomine, ut qui commodatò aut precariò, aut ut servus rem domini possidet.

214. Alia probatio mihi occurrit, retorquendo in adversarios fundamentum quo se tuentur, dum à paritate dominii argumentantur & dicunt: non posse duos esse ejusdem rei dominos in solidum, ergo nec possidere. Retorqueo, inquam, argumentum, hoc modo. Non solùm non possunt duo esse domini ejusdem in solidum, sed ne quidem potest unus esse ejusdem rei Dominus ex duplici titulo, sed solùm ex uno, nam alter titulus de facto non confert dominium, sed solùm conferret, si non jam esset collatum per alterum: jam sic non obstante, quòd idem non posset ejusdem rei esse Dominus ex duplici titulo, potest tamen eandem rem ex duplici titulo possidere, ut tradunt communiter Juristӕ, ità ut uterque titulus seorsim sufficiat ad prӕscribendum, & habetur *L.* 3. §. *ex plurimis. ff. de acquir. pos.* ibi. *Non enim sicut dominium non potest nisi ex una causa contingere, ità & possidere duntaxat ex una causa possumus.* Ergo ex eo quòd duo non possint esse Domini in solidum ejusdem rei, non licet inferre, non posse duos eandem rem ex diversis titulis possidere. Ratio à priori est, quia non dantur dominia diversi generis, sicut dantur diversi generis modi possidendi.

215. Dices: hoc ipso quòd unus tantùm possideat civiliter, & alius naturaliter, jam ille non possidet in solidum; sicut in sententia multorum Maritus est Dominus dotis civiliter, uxor verò habet dominium naturale. ℞. Negando paritatem, quia dominium civile non est simpliciter dominium, sicut possessio civilis est simpliciter possessio. Neque in ratione possessionis completur per hoc, quòd nullus alius possideat naturaliter, sicut dominium in solidum completur per hoc, quòd nullus alius habeat Ius stabile & ӕstimabile in tali re, prout exposui in capite 1. hujus Tractatus.

Ad fundamenta adversariorum uno verbo respondetur juxta superiùs dicta, ea solùm procedere de duplici possessione ejusdem generis, quia sunt fundata in lege 3. §. ex contrario. ad quem textum suprà respondimus.

CONTROVERSIA III.

Quibus modis Possessio acquiratur.

SUMMARIUM.

216. QUÆRITUR 1. An ad acquirendam de novo possessionem, v.g. fundi alieni, requiratur semper aliqua apprehensio à me facta, vel possit sufficere apprehensio ab alio suo nomine facta, quâ ille cœpit possidere: seu breviùs: An alius suam possessionem possit in me transferre absque apprehensione interveniente ex parte mea. ℞. Affirmativè, nempe quando ille qui priùs suo nomine possedit, incipit vi prӕteritӕ apprehensionis, per translationem dominii meo nomine possidere. Sic si quis mihi vendat fundum, retento sibi usufructu, incipio sine alio meo actu per usufructuarium possidere. Colligitur ex lege quisquis. 28. C. de Donationibus. ubi venditio est loco traditionis. [Quisquis rem aliquam donando, vel in dotem dando, vel vendendo usumfructum ejus retinuerit, etiamsi stipulatus non fuerit, eam continuò tradidisse credatur, nec quid ampliùs requiratur, quo magis videatur facta traditio: sed omnimo-

 do

do idem fit in his causis, usumfructum retinere, quod tradere.] Eodem modo acquirit locator possessionem, si quis rem à se alienatam conducat, quam priùs ut propriam possederat. *L. Quædam Mulier. ff. de rei vindic.* ibi. *Quædam Mulier fundum donavit per Epistolam, & eundem fundum ab eo conduxit, posse defendi* (inquit Ulpianus) *quasi per ipsam acquisierit possessionem velut per colonam.* Idem planè esset, si quis rem alienatam retineret loco pignoris, Emphyteusis, depositi, &c. Quod si verò depositarius vellet rem depositam possidere animo furtivo, requireretur nova corporalis apprehensio, & motio de loco. *L. 3. §. si rem. ff. de acq. rer. pos.* ibique ratio redditur: *quia furtum sine contrectatione fieri non potest.*

217. Controversia est de casu, quo tibi ex cessione cohæredis pars accresceret, tu verò tuam solam partem ante apprehendisti, an inquam ad acquirendam possessionem accrescentis partis requiratur nova apprehensio. Negat Curtius Junior: sed omnino affirmandum est. Est enim illa pars accrescens omnino distincta ab ea, quam tu priùs per possessionem consecutus es: ergo possessio prioris partis non evadit possessio partis accrescentis. Nam licèt titulus hæreditatis sit unus & indivisibilis, possessio tamen divisibilis est, pro diversitate & distinctione rerum possidendarum.

218. Ad prædictum modum acquirendi possessionem sine nova apprehensione, pertinet etiam modus acquirendi possessionem per clausulam *constituti*, qui est modus generalis, quando præcedente quocunque titulo ad transferendum dominium habili, constituis te possessorem nomine illius cui rem alienâsti, quia ex constitutione quasi procurator illius effectus es. *Arg. legis quod meo. ff. h. t.* [Quod meo nomine possideo, possum alieno nomine possidere; nec enim muto mihi causam possessionis, sed desino possidere, & alium possessorem ministerio meo facio, &c. Procurator alienæ possessioni præstat ministerium.]

219. Observat tamen hic Gomez, quòd si lis moveatur inter constituentem, & inter eum in cujus favorem apposita est clausula *constituti*, semper judicandus sit iste possidere, quia confessio propria constituentis ei nocet. Si verò lis moveatur inter illum, in cujus favorem constitutum factum est, & inter alium tertium, tunc non præsumitur constituens possidere alterius nomine, sed id probandum est, ut censeatur constituto quæsita possessio, quia est fundamentum suæ intentionis.

Est autem magna utilitas in hoc modo acquirendi possessionem. Si enim venditor post acceptationem constituti venderet rem alteri, & traderet, nihil valeret hæc venditio, quia per constitutum censetur priori tradita fuisse, secùs esset, si venderetur, & traderetur ante consensum illius in cujus favorem constitutum appositum est.

220. In Jure Canonico exstat specialis casus, quo quis ex legis dispositione possessor evadit sine suo actu, nempe si Iudex ob contumaciam rei, vellet actorem mittere in possessionem, sed ob rei impotentiá, vel ex alio impedimento non potest, actor elapso anno possessor evadit. Ita habetur *cap. contingit. de dolo & contumacia.* Glossa in illud capitulum dicit, hoc etiam esse statutum Iure Civili in *L. quamvis. ff. de bonis auctoritate Iudicis possidendis.* Imprimis titulus iste in exemplaribus recentioribus inscribitur: *De Rebus, &c.* Deinde lex *quamvis* ità loquitur. *Quamvis possessa non sint bona, quia fortè nihil fuerit, quod possideatur, &c.* Quæ lex secundùm glossam loquitur de casu quo nulla bona sunt, in quorum possessionem creditor mitti possit, & tunc, ait, si postea debitor aliqua bona acquirat, non esse opus novâ immissione ad acquirendam possessionem. Et hic est casus clarus hujus legis. Nihilominus, post longam inquisitionem deprehendi, quòd in his ipsis verbis etiam continetur casus, quo creditor immitti non potest ex alio impedimento. Nam §. 2. præcedentis legis 12. sic habetur. [Si propter naturam rei, veluti si prædium inundatum sit, aut propter latronum potentiam, non potest possideri, rectè dicitur NB. non esse quod possideatur.] Ecce! quâ ratione hic casus comprehendatur in lege *quamvis*, nempe impossibilitas possessionis facit, ut dicatur non esse quod possideatur.

221. QUÆRITUR 2. Quomodo rerum Incorporalium, hoc est, Jurium possessio acquiratur. Distinguendum est inter Iura, aliqua enim sunt quæ non inhærent alicui rei corporali, cujusmodi est Ius eligendi: alia sunt quæ inhærent rei corporali, ut sunt servitutes.

Primi generis Iurium Possessio acquiritur scientiâ & patientiâ illius ad quem spectat concedere, vel resistere actui, si tu talem actum exerceas animo acquirendi Ius, & credens te uti Iure tuo: nisi ex circumstantiis constaret, talem actum ex gratia concedi. *Mol. tr. 2. d. 14. Concl. 3.* Quòd requiratur bona fides, colligit Molina ex *L. ult. ff. quemad. servit. amitt.* & ex eo quòd alioquin non præscribet. Hæ probationes supponunt, quòd Iurium seu rerum incorporalium possessio injusta esse non possit, sicut potest esse rerum corporalium. Quòd non debeat ex circumstantiis apparere, actum fuisse permissum ex gratia, colligitur ex cap. *cum Ecclesia de causa possessionis, & proprietatis.* Ubi Clerici aliqui non Cathedrales prætendebant possessionem Iuris eligendi Episcopum, eò quòd jam trium Episcoporum electioni interfuissent; quia verò needum præscripserant legitimo tempore, & de Iure communi electio non pertinet nisi ad Cathedrales Canonicos, silentium illis impositum est. Hi ergo Clerici fuerunt quidem in possessione, quia tres actus exerciti videntur sufficienter indicare, quòd non fuerint merè gratiosè admissi; unus tamen talis

lis actus, secundùm Parnomit. & Molinam non sufficeret, quia censeretur ex gratia permissus.

222. Quoad servitutum possessionem, imprimis ea acquiri potest, si à possidente fundum mittaris in fundum animo acquirendi illam servitutem. Nam etsi aliqui negaverint hoc sufficere, requirentes insuper aliquem actum & usum servitutis, hunc tamen non esse necessarium commodè probat Gomez, & ex eo Molina ex lege *via, iter. ff. de servit.* ubi habetur, Servitutes reales & Iura incorporalia acquiri quemadmodum ususfructus acquiritur.

Secundò, acquiritur possessio servitutum per usum & exercitium tanquam ex jure debitum, cum scientia & patientia illius cujus interest talem usum permitti, vel prohiberi. *L. quoties. 20. ff. de servit.* ibi. *Ego puto usum ejus Juris pro traditione possessionis accipiendum esse.*

223. In acquirenda quasi possessione Itineris Actûsque privati, tanquam servitutis, speciale quid in Iure constitutum est l. 1. ff. de Itinere actúque privato. ubi Prætor ait. [Quo itinere actúq; privato, quo de agitur, vel via, hoc anno nec vi nec clàm, nec precariò ab illo usus es, quò minùs ità utaris, vim fieri veto.] Hoc interdicto continetur remedium retinendæ hujus possessionis specialis, & explicatur §. 2. [Hoc interdicto Prætor non inquirit, utrum habuit Iure servitutem impositam an non, sed hoc tantùm, an itinere actúque hoc anno usus sit non vi, non clàm, non precario, &c. Si modò anno usus est vel modico tempore, id est, non minùs, quàm triginta diebus.] Ad hanc ergo possessionem acquirendam tria requiruntur. 1. ut intra annum à die Interdicti retro numerandum, usûs fuerit. 2. ut triginta diebus ejus anni usus fuerit. Nam quamvis possessio aliarum servitutum, ut aquæ ducendæ, tigni immittendi, etiam per unum actum acquiratur, aliud tamen meritò statuendum erat in possessione itineris; quia sæpè ex præsumpta facultate Iure familiaritatis per alienum fundum ire solemus. 3. requiritur, ut possessor iverit opinione competentis servitutis. nam si propter incommoditatem aliquam etiam frequenter ivisset, v. g. quia per publicum commeare non licuit, non censetur usus esse existimatâ servitute.

224. DUBITATUR hîc 1. An possessor probare debeat bonam fidem in usu servitutis, & quomodo. Ad hoc optimè respondet Molina d. 708. n. 7. eum esse à Iudice interrogandum, quâ ratione ductus fuerit, quòd uteretur Iure suo. Ejusmodi rationes assignat VVaizenegger, v. g. famam in vicinia fuisse, servitutem sibi deberi, vel, exstitisse signa itineris, & adductis verisimilibus indiciis debet eum Iudex in possessione tueri, donec adversarius probet, servitutem non competere, nec esse præscriptam, aut malâ fide usum fuisse. Si tamen adversarius peteret præstari juramentum à possidente, esset ad id præstandum cogendus, vel si renueret, non esset illi Interdicto succurrendum.

DUBITATUR 2. Si quis hoc anno proximo non potuit uti itinere, v. g. propter inundationem, si tamen anno præcedente ad tale impedimentum fuit usus 30. diebus, an censeatur esse in possessione, & juvetur hoc interdicto. ℞. Affirmativè. *l. 1. §. si quis 9. propter. eod.* ibi. *potest repetitâ die hoc interdicto uti per in integrum restitutionem ex illa parte* (id est clausulâ) *Si qua mihi justa causa videbitur.*

225. DUBITATR 3. An quis præjudicaret acquisitæ possessioni, si postea precariò petiisset usum itineris, aut clàm ivisset. ℞. Negativè *l. 1. §. ult. & l. 2. ff. eod.* ibi. & *magìs est, ut nihil ei noceat, quod attinet ad interdictum. Nec enim corrumpi, aut mutari, quod rectè transactum est, superveniente delicto potest.*

226. DUBIATUR 4. An Iure cujusdam facultatis fas sit per alienum agrum domino non prohibente ire, adeóque licèt non habeat Ius eundi, *Ius* tamen ab eo quod *fas* est, secerni possit, adeóque nihil contra Ius alterius egisse censendus sit. Negat Corasius ad l. 1. n. 77. ff. de servit. Communis aliorum, qui hoc dubium attigerunt, affirmat, & meritò, quia pro se habet textum clarum *can. omnes §. 2. dist. 1. Fas lex divina est, Ius lex humana. Transire per agrum alienum fas est, Ius non est.* Accedit ratio. Cùm enim transitus (ut supponitur in casu) innoxius sit, æquissimum est non prohiberi. quod observavit S. Augustinus, ut refertur can. ult. causâ 23. q. 2. *Notandum est sanè, quemadmodum justa bella gerebantur à filiis Israel contra Amorrhæos; innoxius enim transitus denegabatur, qui Iure humanæ societatis æquissimo patere debebat.* & can. 1. ca. 6. q. 3. habetur, per alienam messem transeuntem falcem quidem mittere non debere, sed manu spicas conterere, & manducare posse, & *L. in summa. §. item Varus ff. de aqua, & aq. plu.* Eleganter dicitur, quod alteri prodest, & tibi non nocet, id æquitate ipsâ suggerente permittendum esse, licèt Iure deficiamur.

227. Opponit Corasius legem Divus *L. per agrum. 11. C. de servitutib. & aqua.* ubi dicitur, invito Domino per alienum agrum ire non licere. Atqui invitus est non tantùm is, qui expressim dissentit, sed etiam, qui nominatim, & expresse non consentit. *L. filiusfam. 8. §. invitus. ff. de procuratoribus.* ibi. *Invitum accipere debemus non tantùm eum qui contradicit, verùm eum quoque qui consensisse non probatur. L. qui vas. 48. §. quòd si Dominus. ff. de furtis,* ibi. *Vetare autem Dominum accipimus etiam eum, qui ignorat, hoc est, eum qui non consentit. Ergo, &c.*

228. ℞. 1. Diversam esse acceptionem *Inviti* in Iure, ut notat Cujacius in d. l. *Divus*, dicens, hoc loco Inv[illegible]m accipiendum esse pro contradicente, & prohibente, non pro ignorante. Quandonam autem accipiatur *Invitus*, pro ignorante:

rante: & quandoq solùm pro prohibente, pendet ex circumstantiis, & naturâ negotii de quo est quæstio: nam si magnum præjudicium vertitur, pro invito accipitur a Iuristis etiam ignorans, si verò perexiguum, aut nullum damnum imminet, ille solus invitus dicitur, qui contradicit, & apertè prohibet.

℞. 2. & magis Theologicè, distinguendo inter eum qui est rationabiliter invitus, & eum, qui irrationabiliter; solus ille prior curandus est, & de illo est vera minor propositio Corasii, quia talis non quidem actualiter, sed habitualiter resistit, & prohibet.

QUÆRITUR 3. An possessio rerum hæreditariarum continuetur in hæredes saltèm suos, ipso jure, absque apprehensione aliqua corporali. ℞. Negativè, ut habet communis sententia. Ità tenet Card. Tuschus in totius Iuris thesauro incomparabili, tomo 6. Concl. 406. n. 4. & magis ex professo Concl. 426. ubi benè limitat Concl. nisi filius hæres continuâsset possessionem per colonum cui defunctus concesserat prædium pro certo tempore, quod non erat finitum tempore mortis, si colonus coluit deinde nomine hæredis. Item Andreas Gail *lib.* 2. *obs.* 129. & 152. Covarruvias *var. resol.* 3. *Res.* 5. *n.* 6. Treutlerus & alii. Probari imprimis solet ex *l.* 23. *ff. de acq. possess.* *Cùm hæredes instituti sumus, aditâ hæreditate omnia quidem jura ad nos transeunt: possessio tamen nisi naturaliter comprehensa ad nos non pertinet.* Ad hanc tamen legem non ineptè respondebunt adversarii, eam loqui de hærede extraneo, de quo omnes fatentur, requiri apprehensionem novam. quòd autem hoc non dicatur gratìs, colligi potest ex verbo: *aditâ hæreditate.* nam solus extraneus, juridicè loquendo, dicitur adire hæreditatem, suus autem hæres dicitur se hæreditati immiscere. Meliùs probatur ex *l.* 30. §. 5. *ff. eod.* *Quod per colonum possideo, hæres meus, nisi ipse nactus possessionem, non poterit possidere:* & additur ratio generalis, desumpta ex conceptu possessionis: *retinere enim animo possessionem possumus, adipisci non possumus.* Clarus etiam textus est in l. 1. §. 15. ff. *Si is qui testamento.* ibi. *Possessionem hæreditas non habet, quæ facti est & animi. sed nec hæredis est possessio antequam possideat, quia hæreditas in eum id tantùm transfundit, quod est hæreditatis, non autem fuit possessio hæreditatis.* Ecce! rationem generalem ad omnes hæredes applicabilem. Cùm ergo lex nullibi distinguat, neque ullâ dispositione suppleat corporalem possessionem respectu hæredis sui (prout fieri posset, ut suprà diximus) nec nos distinguere debemus: præsertim cùm adversariorum argumenta æquè de hæredibus extraneis, ac suis probarent, si quid probarent: cùm ergo nimiùm probent, nihil probant. Itaque

230. Objiciunt 1. Hæreditas est successio in universum Ius quod habuit defunctus: atqui possessio est Ius, ut patet ex dictis, nam licet ejus inchoatio in facto consistat, in *conservari* tamen dicit Ius detinendi rem semel possessam, ergo etiam hoc jus transmittetur unà cum aliis ad hæredem. ℞. Quando dicitur omnia defuncti jura in hæredem transmitti, id intelligendum est de Juribus transferibilibus, & non adhærentibus quasi ossibus defuncti, cujusmodi est possessio, alioquin etiam ad extraneum transmitteretur, quia etiam omnia jura transmittuntur. Dari autem jus intransferibile patet, nam defunctus habuit Ius instituendi hæredem Sempronium, hoc jus non transmittit ad Sempronium, qui utique non potest seipsum scribere hæredem.

231. Objiciunt 2. Hæredi prodest possessio defuncti, quæ per continuationem servit ad absolvendam usucapionem, ut suo loco dicetur, & habetur §. *diutina. Inst. de Usucap.* atqui non prodesset, si non transmitteretur, quia non continuaretur possessio. ergo transmittitur possessio non minùs quàm dominium aliarum rerum. Sed quis non iterum videt, argumentum hoc æquè probare de hærede extraneo, cùm & huic prosit possessio defuncti? ℞. Directè negando minorem, quia hoc in casu objectionis singulari jure statutum est. *l.* 44. §. 3. *ff. de Usucap.* *Nondum aditæ hæreditati tempus usucapioni datum est, sive servus hæreditarius aliquid comparat, sive defunctus usucapere cœperat. sed hæc NB. jure singulari recepta sunt.* Itaque factâ per hæredem apprehensione rei à defuncto possessæ, continuatur possessio juris fictione, sicut continuatur dominium.

232. Objiciunt 3. Ex lege *Cum miles.* 30. *ff. ex quibus causis ma. in integr.* ubi dicitur hæredes in usucapionem succedere: *quia possessio defuncti quasi juncta descendit ad hæredem, & plerumque nondum hæreditate aditâ completur.* ℞. Iterum nimiùm probari, nempe de hærede extraneo, qui propriè dicitur adire hæreditatem. Deinde, dum dicitur, quasi juncta descendere ad hæredem, insinuatur id fieri fictione Iuris, sed non nisi interveniente apprehensione. Denique alii respondent, ibi per *Possessionem* intelligi usucapionem jam completam, possessio enim non completur, sed usucapio, nec novum est, Possessionem accipi pro Usucapione, & citant *l.* 19. & 26. *ff. de acquir. possess.* sed ego in his legibus nihil invenio, quod non de possessione propriè dicta possit intelligi.

233. Objiciunt 4. Pater & Filius una eademque persona esse censentur: ergo si Pater possedit, censetur filius possedisse. ℞. Censeri eandem personam, quousque Iura fingunt esse unam personam, nempe dum filius in patria potestate existens patri acquirit: hæres autem dicitur personam defuncti repræsentare, quod etiam de extraneo verum est. Quare non immeritò dixit Andreas Gail lib. 2. obs. 152. pro regula

gula habendum esse, quòd omnibus in casibus, in quibus dominium ipso jure transit, possessio sine apprehensione non acquiratur. subintellige, *de Jure communi.* nam Iure speciali posse aliud constitui, jam sup. dictum est.

234. QUÆRITUR 4. An & quomodo Infans possit acquirere possessionem. Quæstio hæc apud Iuristas non modicam habet difficultatem, ob legum diversimodè loquentium difficilem conciliationem, quam ut faciliùs assequamur aliqua prænotanda sunt. Primò quidem notandum, Pupillum qui jam habet sufficientem intellectū, posse non solùm accedente auctoritate tutoris, sed etiam sine illa possessionem acquirere. ità habetur *lege* 4. §. 2. *ff. de Usuc.* ibi. *Si non tutore auctore possideat, & animum possidendi habeat, dicemus, posse eum usucapere.* Secundò. distinguendum est inter infantes. Strictè enim infans est, qui necdum fari potest: latiùs infans accipitur pro parvulo, qui quidem necdum habet plenum intellectum, sufficientem ad discernendum honestum ab inhonesto, seu, ut loquamur theologicè, sufficientem ad committendum theologicum peccatum, habet tamen jam aliquem sensum ultra sensum brutorum, de quo locutus est Apostolus 1. ad Cor. 13. v. 11. *Cùm essem parvulus loquebar ut parvulus, sapiebam ut parvulus* idest, infans, puerulus, qui nondum rationis usum adeptus est, aut certè imperfectè, ut interpretatur noster Menochius. Tertiò distinguendum est inter hæc duo: acquirere possessionem *per Tutorem*, &: acquirere possessionem. *tutore auctore*, ut benè observat Collegium Argentoratense, & habet glossa *in leg. 3. C. de acq. poss.* per tutorem acquirere, est, quando nullâ voluntate infantis interveniente, tutor supplens voluntatem infantis possessionem acquirit, ejus nomine scilicet, quæ potestas illi ex officio competit, legibus approbantibus, sicut potest acquirere dominium infanti etiam, strictissimè sumpto. Tutore auctore verò acquiritur aliquid pupillo, quando voluntati pupilli tutor suum consensum accommodat, & auctoritate suâ firmat. hinc non dicitur infans adire hæreditatem auctore tutore, sed tutor nomine infantis: nec dicitur infans restituere tutore auctore, sed tutor infantis nomine: nec dicitur infans conveniri in judicio tutore auctore, sed tutor infantis nomine. His positis, certum est, quòd infans per tutorem possit acquirere possessionem, hoc enim claris verbis supponit Imperator in dicta l. 3. cujus verba postea commodiùs referam. Quamvis Giphanius in comment. ad l. 3. citatam id neget, approbante Hunnio. Sed communiter alii omnes affirmant. Certùm etiam est, posse infantem in secundo sensu acceptum acquirere possessionem, auctoritate tutoris accedente. *L.* 32. §. 2. ibi. *Infans possidere rectè potest, si tutore auctore cœpit, nam Iudicium infantis suppletur auctoritate tutoris.*

235. Est ergo controversia, utrum possit Infanti in secundo sensu accepto possessio acquiri sine tutoris auctoritate. Difficultatem ingerit lex 3. C. h. t. ubi Decius Imperator sic loquitur. [Donatarum rerum à quacunque persona infanti vacua possessio tradita corpore quæri ur *Rationem subjungit*, alioquin ne quidem per tutorem possessio acquiri posset infanti.] In contrarium est lex 32. §. 2. ante cit. ubi requiritur tutoris auctoritas. In his conciliandis mirè varia it Interpretes. Duarenus putat, Imperatorem loqui de speciali casu, quo non solùm res ex donatione, adeoque contractu pupilli utilitatem concernente, infanti erat tradita, sed etiam ipsi pupillo infanti in manum res erat posita, quam infans manu apprehendere potuerit, sic ut etiam verisimile sit infantem affectum aliquem habuisse ejus rei tenendæ, sicut ferè accidit, ut pueri affectu ducantur in res sibi donatas, easque avidè accipiant, cum affectu tenendi quod sibi donatur. De aliis verò rebus, quæ non traduntur in manum, negat dici posse, quòd acquirant possessionem. Cum hac responsione coincidit responsio Bartoli, Imperatoris rescriptum accipiendum esse de re mobili donata infanti, cujus acquirendæ aliquem animum & affectum infans habeat, veluti sunt jocalia, latinè crepundia dicuntur. Unde apparet, horum DD. opinione Imperatorem locutum esse de infante in prima, & stricta acceptione.

Rejicitur hæc interpretatio communiter, utpote quæ non sit nisi conjectura, cujus nullum indicium exstat in rescripto Imperatoris.

Accursius respondet, responsum Pauli JC. in l. 32. fuisse ab Imperatore correctum. Sed & hoc aliis omnibus displicet, & meritò; solent enim Imperatores mentionem facere antiquioris Iuris, si aliquo favore illis præjudicare volunt. Omissis aliis solutionibus

236. Communiter jam conciliantur illæ leges, quòd Imperatoris Rescripto subintelligendum sit: *Tutore auctore.* adeoque Imperatorem loqui de infante accepto in secundo sensu, ità quo & Paulus JC. accepit. Colligitur hæc responsio satis efficaciter ex toto contextu, & argumento quo usus est Imperator. Nempe probans suam assertionem ex absurdo, quod alioquin sequeretur, si infanti non posset acquiri possessio. Nempe, si quid obstaret, esset defectus Iudicii. Sed hoc non obstat, alioquin nec per tutorem acquiri posset: quæ illatio non esset legitima, si sermo esset de acquisitione possessionis sine auctoritate tutoris. Non enim valet hæc consequentia. [Infans se solo non potest acquirere possessionem. Ergo nec per tutorem.]

237. QUÆRITUR 5. An nobis ignorantibus possit possessio per alios acquiri, ut sunt Procuratores, Servi, filiifamilias. Certum est, quòd si Procurator speciale mandatum habeat, nobis acquirat, quidquid ex tali mandato

vult

vult nostro nomine possidere. Deinde etiam certum est, eum qui habet mandatum generale *cum libera* administratione bonorum, etiam nobis acquirere possessionem, sicut Dominia; quia Procuratori *cum libera* omnia ea concessa intelliguntur, quæ speciale desiderant mandatum, unde illi licet transigere, & alienare, quod tamen non licet habenti tantùm generale mandatum, seu administrationem universorum bonorum sine *libera*, ut ex variis Iuris textibus probabitur, in Tractatu. 10. cap. 6. Demum, etiam sine *libera* habens generale mandatum nobis ignorantibus acquirit, quod colligitur ex l. 1. §. 20. ff. de acq. poss. quæ nullo facto discrimine dicit. *Per Procuratorem, tutorem, curatorémve possessio nobis acquiritur.* Major est difficultas in Servo, & Filiosam. Nam Donellus, & Duarenus existimant, per hos possessionem non acquiri Domino, aut Patri nisi ex causa peculii; hanc enim unicam causam expressit lex 44. §. 1. [Quæsitum est, cur ex peculiari causa per servum ignorantibus possessio quæreretur, dixi utilitatis causâ Iure singulari receptum: ne NB. cogerentur Domini per momenta species, & causas peculiorum inquirere, nec tamen eò pertinere speciem istam, ut animo videatur acquiri possessio: nam si non ex causa peculiari quæratur aliquid, scientiam quidem Domini esse necessariam, sed corpore Servi quæri possessionem. De filiofam. videtur eodem sensu loqui lex. 4. Quidquid filius peculiari(id est peculii) nomine apprehenderit, id statim pater ejus possidet, quamvis ignoret in sua potestate filium.]

238. Nihilominus ex aliis textibus satis apertè colligitur, indistinctè ex omni causa, sive peculii, sive alia, per servum, & filiumfam. nobis ignorantibus possessionem acquiri, sicut Dominia acquiruntur. Imprimis enim lex 31. §. 3. *ff. de usucap.* sic loquitur. [Si servus meus, vel filius, peculiari, vel NB. etiam meo nomine quid tenet, ut ego per eum ignorans possideam, vel etiam usucapiam, si is furere cœperit, donec in eadem causa res fuerit, intelligendum est, & possessionem apud me remanere, & usucapionem procedere, sicut per dormientes quoque eos idem nobis contigeret. Idémque in colono, & inquilino per quos possidemus dicendum est.] Eâdem universalitate loquitur *lex* 34. §. *fin. ff. de acq. pos. Servus quoque meus ignoranti mihi acquiret possessionem.* Et ità sentiunt Cujacius, & Ant. Perez. Aliquid tamen priori sententiæ concedendum est, nempe possessionem ignoranti acquisitam ex peculiari causa hoc habere speciale, quòd etiam durante Domini aut patris ignorantiâ, usucapio procedat, quod in aliis casibus non procedit, & hoc expressum habetur lege 47. *ff. de usucap.* [Si emptam rem mihi procurator ignorante me meo nomine apprehenderit, quamvis possideam, eam non usucapiam, quia ut ignorantes usuceperimus, in peculiaribus NB. tantùm rebus receptum est] & cum hac limitatione accipienda etiam sunt verba legis 31. paulò antè relata. Hoc autem utilitatis causâ Iure singulari receptum est. Nimis enim molestum esset, si Dominus, & pater singulis momentis cogeretur inquirere, quænam res, & quo titulo essent in peculio. In aliis causis requiritur ad usucapionem, ut accedat possessioni scientia, quia usucapio requirit bonam fidem, quæ in ignaro possessionis constare non potest.

239. Quæres, an amittam possessionem quam ignorans per alium acquisivi, si is moriatur, aut possessionem deserat? Ad hoc respondit *l. 31. ff. de dolo.* IC. Proclus contra Sabinum & Africanum, possessionem retineri, quia possessio solo animo retineri potest; cujus sententiam approbavit Justinianus L. ult. C. h. t. ibi. [Ex libris Sabinianis quæstionem in divinas nostri numinis aures relatam tollentes definimus, ut sive servus, sive procurator, vel Colonus, vel Inquilinus, vel quispiam alius per quem licentia est nobis possidere, corporaliter nactam possesionem cujuscúnque rei dereliquerit, vel alii prodiderit, desidiâ fortè, vel dolo, ut locus aperiatur alii eandem possessionem detinere, nihil penitùs Domino præjudicii generetur, ne ex aliena malignitate alienum damnum emergat, &c.]

CONTROVERSIA IV.

Quomodo Possessio amittatur.

SUMMARIUM.

An possessio possit solo animo amitti. 240.
An possessio naturalis amittatur per discessum corporalem à fundo. 241.
Quomodo possessio fundi amittatur per inundationem. 242.
Quomodo amittatur possessio per violentam dejectionem aut exclusionem è proprio fundo. 243.
In quem finem leges fingant Colonum, Fructuarium, &c. adhuc tenere naturalem possessionem, quando absentes sunt, secùs qui per seipsos possident. 244.
Quomodo amittatur possessio rerum mobilium. 245.
Quomodo amittatur possessio Jurium & Rerum incorporalinm, ut interrumpatur Præscriptio. 246.

240. QUÆRITUR 1. An Possessio tam naturalis, quàm civilis possit solo animo amitti. ℞. Affirmativè: & quidem non solùm tunc, quando quis solùm civiliter possidet, non verò naturaliter, nec per se, nec per alium, sed etiam quando naturaliter possidet. Debet autem animus exteriùs fuisse manifestatus, nam solus internus animus sicut sub legum dispositionem non cadit, nec in Iudicio probari potest, ità

non

non sufficeret, ut usucapionis cursus interrumperetur. Debet deinde animus esse absolutus, nam conditionatus quantumvis exteriùs manifestatus non sufficit, quamdiu conditionis impletione non transit in absolutam. Hæc continentur in legibus pluribus. *L.* 1. §. 4. *ff. h. t.* ibi. [Cùm maritus, ubi noluit possidere, protinus amiserit possessionem.] *L.* 3. §. 6. [Itaque si in fundo sis, & tamen nolis eum possidere, protinus amittes possessionem. Igitur amitti & animo solo potest, quamvis acquiri non potest.] *L. si me.* 34. *eod.* ibi. [Ergo nec amittet possessionem, qui quodammodo sub conditione recessit de possessione.] Quod si quis in favorem alterius vult non ampliùs possidere, & alter tamen non acceptet possessionem, tunc attendendus est animus, qualis fuerit: si enim fuit tacitè conditionatus, nempe quòd nolit aliter deserere possessionem, quàm si alteri accedat, non amittet, nec interrumpet possessionem; si verò primariò & absolutè voluit deserere, esto desideret ab altero possessionem inchoari, amittet possessionem.

241. QUÆRITUR 2. An possessio naturalis amittatur per discessum corporalem à fundo, ità ut non sit ampliùs vicinus fundo, nec eum habeat in conspectu. ℞. Cum distinctione. Si principalis possidens se ipso fundum naturaliter possedit, tunc tali discessu possessionem naturalem amittit. Si verò possedit per colonum, servum, procuratorem, &c. tunc etiamsi hîc taliter à fundo discedat, nec naturalem, nec civilem possessionem amittit. *L.* 31. *eod.* [Si colonus non deserendæ possessionis causâ exiisset de fundo, & eò rediisset, eundem locatorem possidere placet.] Quod de naturali possessione intelligendum est: civilem enim locator non amitteret, etiamsi colonus discessisset animo deserendi possessionem. Quod si quis interea absente colono ingrederetur fundum animo eum possidendi, hoc ipso acquireret naturalem possessionem. *L.* 44. §. 2. ibi. [Ejus verò quod servi, vel etiã coloni corpore possidetur, non aliter amitti possessionem, quàm eam alius ingressus fuisset, eámque amitti nobis quoque ignorantibus.] Junctis ijs quæ habentur. *L.* 40. §. 1. [Si fortè colonus per quem Dominus possideret; decessisset, propter utilitatem receptum est, ut per colonum possessio & retineretur, & contineretur: quo mortuo non statim dicendum, eam interpellari, sed tunc demum, cùm Dominus possessionem adipisci neglexerit. Aliud existimandum, ait, si colonus spontè possessione discesserit. Sed hæc NB. ità esse vera, si nemo extraneus eam rem interim possederit, sed semper in hæreditate coloni permanserit.] Neque debet hæc inutilis subtilitas videri. Talis enim continuatio naturalis possessionis per colonum servire potest hæredi, ut non habeat opus novâ corporali apprehensione, ut jam suprà indicatum est. Aliam, & præcipuam utilitatem indicabimus quæst. 4. ubi hoc magis declarabitur.

242. QUÆRITUR 3. Quomodo possessio fundi amittatur per inundationem. Rationem dubitandi ingerunt leges in speciem contrariæ. Nam. L. 3. §. 17. sic habetur. *Labeo & Nerva filius responderunt, desinere me possidere eum locum, quem flumen aut mare occupaverit.* Econtra lex 30. §. 3. sic habet. *Item, quod mari, aut flumine occupatum sit, possidere non desinimus.* Glossa sic conciliat, quòd lex 3. loquatur de inundatione quoad multùm temporis, lex 30. verò quoad breve tempus. quam conciliationem non improbat Antonius Perez in Cod. h. t. n. 26. sed tamen ipse, aliique omnino, & meo Iudicio verè, propter contextum, existimant esse mendum, & pro *Non*, esse legendum, *Nos.* & ità emendârunt plurimæ editiones.

243. QUÆRITUR 4. Quomodo amittatur possessio per violentam dejectionem, aut exclusionem à proprio fundo. ℞. Si possessore absente res illius occupetur ab alio, sive bonâ sive malâ fide, animo habendi pro suo, non amittit ille prior possessionem civilem, sed eam retinet tamdiu, donec intelligens rem ab alio tali animo occupatam esse, & aggrediens possessorem naturalem, ad eam non admittatur, vel existimans se non admittendum, nec prævaliturum, aggredi desistat: Colligitur hoc ex diversis legibus. L. 6. §. 1. h. t. [Qui ad nundinas profectus neminem reliquit, & dum ille à nundinis redit, aliquis occupaverit possessionem, videri eum clàm possidere Labeo scribit. Retinet ergo possessionem is qui ad nundinas abiit. Verùm si revertentem Dominum non admiserit, vi magis intelligi possidere, non clàm.] Deinde L. 7. continuatur resolutio casûs, & dicitur: *Et si nolit ad fundum reverti, quòd vim majorem vereatur, amisisse possessionem videbitur.* Quod etiam priùs dictum erat l. 3. §. 8. sed clariùs adhuc resolvitur l. 25. §. 2. [Quod autem solo animo possidemus, quæritur, utrumne usque eò possidemus, donec alius corpore ingressus sit, ut potior sit illius corporalis possessio; an verò (quod quasi magis probatur) usque eò possideamus donec revertentes nos aliquis repellat, aut nos ità animo desinamus possidere, quòd suspicemur repelli nos posse ab eo, qui ingressus sit in possessionem, & videtur utilius esse.] Idem clarissimè repetitur. *L.* 1. §. 24. *ff. de vi & vi armata.*

244. QUÆRITUR 5. In quem finem leges fingant Colonum, fructuarium, &c. adhuc retinere naturalem possessionem, etiam quando absentes sunt, quamdiu alius fundum non ocupaverit, cùm tamen ille qui seipso, & non per alium possidet, amittat naturalem possessionem retentâ solâ civili, si absit à fundo, ut dictum est suprà. Respondetur hoc ideo fieri, quia si per absentiam perdidisse censerentur etiam naturalem possessionem (cùm non habeant civilem)

lem) hoc ipso contra injustum invasorem non competeret illis Interdictum *unde vi.* Hæc est mens Antonii Gomez in l. 45. tauri n. 107. dum dicit hoc discrimen inde provenire, quòd retentâ possessione civili non sit necessaria retentio Possessionis naturalis, siquidem sola possessio civilis operatur omnes effectus, acsi naturali conjuncta esset. Quando verò possessio naturalis sejuncta est à civili, opus est fictione Iuris in casu absentiæ, ne possessor possessionis utilitatibus careat, nempe Interdicto, *Vnde vi*, quod colligitur ex *L. arboribus de illo. v. nam quà ratione. ff. de usufr.* ubi dicitur, servi fugientis possessionem civilem esse penes proprietarium, naturalem verò retinere Fructuarium. & *l.* 3. §. 14. *ff. de vi, & vi arm.* ubi ponitur, Fructuarium ex absentia redeuntem, si non admittatur, uti posse Interdicto, *Vnde vi.*

245. QUÆRITUR nunc 6. Quomodo amittatur possessio rerum mobilium. Ad hoc cla atis gratiâ cum distinctione respondendum est. Vel enim res mobilis est ab alio occupata animo retinendi, ut suum, aut non. Si primum, statim amittitur possessio tam naturalis, quàm civilis, etiamsi ignoretur, quis eam occupaverit: & sive res occupata sit servus sive alia res, animata sive inanimata, sine ullo discrimine. *l.* 1. §. *per servum ff. h. t.* verba postea dabo. item *L. rem.* 15. *& L. si rem mobilem eodem.* Et per hoc differunt res mobiles, & immobiles, quòd in his retineatur possessio civilis, juxta superiùs dicta, quamdiu ignoratur ab illo possideri, vel quamdiu est animus recuperandi possessionem naturalem. Si verò secundum: id est, si à nemine est occupata, tunc distinguunt leges inter servum, & alia animalia irrationabilia, vel inanimata. Si servus aufugiat, non amittitur illius possessio civilis, donec ab alio occupetur, vel nisi diu se gerat pro libero homine. l. 1. §. 14. [Per servum, qui in fuga sit, nihil posse nos possidere, Nerva filius ait, licèt respondeatur, à nobis eum possideri, ideoque interim etiam usucapi. Deinde l. 3. §. 10. [Si servus quem possidebam, pro libero se gerat, ut fecit Spartacus, & judicium liberale pati paratus sit, non videbitur à Domino possideri, cui se adversarium præparat, sed hoc ità verum est, si diu in libertate moratur: alioquin si ex possessione servitutis in libertatem reclamaverit, & liberale Iudicium imploraverit, nihilominus in possessione mea est, & animo eum possideo, donec liber fuerit pronuntiatus.] Ratio ità statuendi erat, ne esset in potestate servorum pro libitu se à possessione eximere. Quoad reliquas res mobiles Salycetus in legem. 4. Cod. hoc t. distinguit inter res animatas & inanimatas. De animatis (& in hoc omnes conveniunt) ut in bove, equo, &c. quamprimùm custodiam nostram exiverunt, & diligenter perquisita non reperiuntur, amittitur eorum possessio naturalis, & civilis, etiamsi nemo occupaverit. *l.* 3. §. 13. ibi. *Nam pecus simul atque aberraverit, aut vas ità exciderit, ut non inveniatur, protinus à nobis desinere possideri, licèt à nullo possideantur.* De inanimatis putat Salycetus aliud esse dicendum. Verùm esse paritatem, satis constat ex citatis verbis: *aut vas.* & lege 25. *Si id quod possidemus, ità perdiderimus, ut ignoremus ubi sit, desinimus possidere.* Nempe si post exquisitam diligentiam non potest res inveniri, & sic animus desinat recuperandi.

Unde facilis est responsio ad legem *peregrè ff. h. t.* quâ inductus est Salycetus; ubi peregrè proficiscens pecuniam absconderat in terra custodiæ causâ, & rediens non erat ampliùs memor loci ubi absconderat, quæsitum est, an desiisset pecuniam possidere, vel si postea recognovisset locum, an confestim possidere inciperet: responsum est, *quoniam custodiæ causâ pecunia condita proponeretur, jus possessionis ei qui condidisset non videri peremptum, nec infirmitatem memoriæ damnum adferre possessionis, quam alius non invasit.* Ergo (infert Salycetus) non est eadem ratio inanimatorum ac animatorum. Respondetur, in hujus legis casu nondum fuisse depositam spem & animum inveniendi, & necdum fuisse debitam diligentiam in inquirendo adhibitam, quæ requiritur tam in animatis, quàm inanimatis.

246. QUÆRITUR 7. Quomodo Possessio Iurium, & rerum incorporalium amittatur, ut Præscriptio interrumpatur. ℞. 1. Possessionem servitutum amitti amissâ possessione fundi dominantis. *L. si ædes.* §. 1. *ff. de servitut. urban. prædior.* ibi. [Natura enim servitutum ea est, ut possideri non possint, sed intelligatur possessionem earum habere, qui ædes possidet.

℞. 2. Amitti possessionem, seu, quod idem est, interrumpi præscriptionem prohibitione factâ ab eo contra quem currebat præscriptio. *L. sequitur.* §. *si viam.* 27. *ff. de usucap.* [Si viam habeam per tuum fundum, & tu me ab ea vi expuleris, per longum tempus non utendo amittam viam. quia nec possideri intelligitur Ius incorporale, nec de via quis, id est, mero jure detruditur. Ratio est, quia cùm in incorporalibus quasi possessio nihil aliud sit, quàm patientia adversarii. *L. Quoties. ff. de servit.* statim, quando quis desinit pati, interrumpitur possessio. Idem de aliis Iuribus, v. g. Iurisdictione dicendum est, ut tradit Panormitanus in *cap. illud autem.* & Bartolus in legem, *Naturaliter. de usucap. & Præscript.*

247. ℞. 3. Amittitur possessio Iurium per non usum, vel absentiam, qualiter nimirum amittitur ipsum Ius, ut suo loco dicetur. Et hæc de acquirenda, retinenda, & amittenda possessione, prout extra Iudicium contingere solent. De adipiscenda, retinenda, & recuperanda possessione agemus infrà *de Remediis Possessoriis.*

CON-

CONTROVERSIA V.

Quos fructus lucretur, aut quid restituere teneatur Possessor, re evictâ.

SUMMARIUM.

§. I.

Ad qualem restitutionem (seclusis fructibus) bonæ fidei Possessor obligetur.

De obligatione Possessoris malæ fidei actum jam est in primo tractatu. Ibidem dictum est, bonæ fidei possessorem obligari in quantùm vel res aliena exstat, vel illius ratione locupletior factus est. Quia verò hoc variis modis contingere potest, ideo pluribus dubiis expediemus.

248. QUÆRITUR ergo 1. An bonæ fidei possessor, à quo res vindicatur, in nullo casu aliquid exigere possit à vindicante. ℟. Tunc

Tunc posse, quando negotium Domini utiliter gessit, emendo rem in eum finem, ut Domino possit restituere, eò quòd probabiliter alioquin Dominus non esset unquam recepturus, v. g. si emit à fure, exiguo pretio, vel etiam, si emit pretio justo, sciens Dominum malle pretium solvere, quàm re suâ carere ob singularem affectum erga talem rem. Ratio est, quia negotiorum gestio est quidam quasi contractus (de quo agemus tract. 10.) & perinde obligat Dominum rei, acsi mandatum dedisset, ergo negotiorum gestor acquirit Ius non quidem in re, sed ad rem, ut tantùm sibi solvatur; quantùm in utilitatem Domini expendit.

249. QUÆRITUR 2. An omnis ille teneatur restituere, qui ex occasione rei alienæ factus est locupletior. ℞. Negativè. Non enim tenetur ille, cui fur ex occasione furti facti aliquid donaret, alioquin non donaturus. Ratio est, quia res aliena ad talem secundùm se nunquam pervenit, ut supponimus: ergo donavit rem suam. Regula ergo superiùs tradita intelligenda est de illis, ad quos res aliena in se pervenerat, & deinde desiit quidem esse apud illos, sed tamen reliquit post se fructum: v. g. si quis alienum frumentum bonâ fide absumeret, cùm tantundem debuisset absumere de suo, cui propterea pepercit, & ità factus est locupletior. item intelligenda est de hæredibus, ad quos Iure hæreditatis tale lucrum pervenit, etiamsi res ipsa non pervenerit, quia hæres repræsentat personam defuncti, & in omnes ejus obligationes, non minùs, quàm in bona succedit. quæ omnia in proprio loco plenissimè tractabuntur.

250. QUÆRITUR 3. An Possessor bonæ fidei ex re aliena locupletior factus teneatur restituere, etiamsi fur, à quo rem alienam acceperat, sit potens restituere, non tamen restituit. ℞. Affirmativè: quia cùm res aliena ad me pervenerit, nec tamen ejus dominium acquisiverim, lucrum ex illa re acquisitum est loco rei, ac proinde non minùs teneor restituere, quàm si rem ipsam haberem.

251. QUÆRITUR 4. An totum illud sit restituendum, quo quis occasione alienæ rei factus est locupletior, etiamsi excedat valorem ipsius rei: v. g. quia tuâ industriâ vendidisti rem alienam pretio summo, cùm sufficisset pretium infimum, aut medium, quo Dominus rei contentus esse deberet. Affirmat Lessius cum aliis non paucis. Negat Molina, & Layman. Mediam viam ingreditur Card. de Lugo disp. 17. n. 22. asserens, non debere quidem restituere illud, quod excedit pretium medium, teneri tamen ad pretium medium restituendum, nec satis facturum obligationi, si solum infimum pretium restitueret. Quod, & mihi placet. Ratio primæ partis est, quia pretium summum, secundum quod excedit pretium medium, est merus fructus industrialis: hos autem fructus nemo tenetur restituere, ut infrà dicemus. Ratio secundæ partis est, quia tametsi pretium infimum sit justum pretium, non ità facilè tamen pro illo pretio res comparantur, sed opus est industria majore quàm communi, adeoque singulari: ergo si hoc solum restitueretur Domino, jam Dominus eò usque gravaretur ampliùs, quàm si haberet rem suam, quatenus ad rem suam comparandam deberet uti singulari industriâ, & ut sic non haberet æquivalenter rem suam. Quòd autem possessor obtinuerit medium pretium, non arguit communiter singularem, & æstimabilem industriam adhibitam esse, quia communiter res medio pretio venduntur: ergo pretium medium est potiùs pars rei, quàm fructus industriæ.

252. QUÆRITUR 5. An qui rem furtivam emit à fure, possit contractum rescindere, & furi rem restituere, ut recipiat pretium. Certum est. 1. non posse id facere, si se possit alio modo æquè facili indemnem servare, ut per Iudicis sententiam. Certum est. 2. posse eum id facere, si per restitutionem non reddatur Domino periculosior recuperatio rei, ipsi autem emptori, nisi restitueret, periclitaretur pretium. Difficultas ergo est, si per restitutionem periclitetur res furtiva, & econtra per non restitutionem periclitetur pretium possessoris.

Tres sunt sententiæ. Prima distinguit inter emptorem bonæ & malæ fidei; priorem affirmat posse pro pretio restituere rem furtivam, posteriorem negat. Ità post plures Lessius c. 14. dub. 3. Malderus, Turrianus, Dicastillo.

Secunda universaliter negat. Caietanus, uterque Medina, Sotus, Covarr. Ledesma, quos sequitur Molina.

Tertia universaliter affirmat, ità plures, quos sequitur Diana & Lugo. d. 17. s. 2. ubi ostendit, primam sententiam non procedere consequenter. Nam quòd malâ fide res empta sit, si emptionem rescindat, illa emptio non operatur injustam læsionem Domini: ergo si restitutio in se non est injusta, non magìs licebit restituere bonæ, quàm malæ fidei emptori.

253. DICO 1. Tam bonæ, quàm malæ fidei emptor potest repetere suum pretium à fure venditore, & permittere furem recipere rem venditam, nihil positivè cooperando, v. g. non referendo rem ad furis ædes, sed præcisè non defendendo. Probatur. Nemo tenetur ex natura rei, & secluso pacto, rem alienam defendere cum suo notabili detrimento, ut suprà dictum est. Atqui in casu posito incurreret detrimentum pretii, si rem alienam defenderet, seu resisteret furi, ne illam auferret; hæc enim resistentia faceret, ut fur non redderet pretium: ergo, &c.

254. Confirmatur exemplis. Si bovem tuum ex puteo extraherem, & in alto adhuc suspensum tenerem, alius verò vellet me percutere, nisi bovem dimitterem, possem dimittere,

lapsu-

lapsurum iterum in puteum, ad me indemnem servandum: item si bos tuus, quem ego furi in tuum commodum abstuli, deprehenderetur esse cornipeta, & inde nasceretur domi periculum bovi meo, possum illum dimittere, etiamsi sciam, ad furem reversurum: ergo pari modo possum dimittere rem tuam furi, si ejus defensio mihi detrimento esset.

255. DICO 2. Speculativè loquendo probabilis est sententia secunda, talem emptorem, etiamsi sit bonæ fidei, non posse rem emptam positivâ actione furi iterum tradere pro recipiendo pretio, si res est apud furem magis periclitatura quàm apud me, ut non sit reditura ad suum dominum. Probatur à paritate exemplorum quæ nec adversarii negant, unde videtur ratio à priori erui posse. Si rem tuam ex incendio eripuissem, & alius mihi minitaretur, quòd mihi tantundem ablaturus esset, nisi rem illam iterum projicerem in incendium, non liceret mihi iterum rem illam in incendium projicere: tam illicitum enim est tunc rem iterum in incendium projicere, quàm illicitum esset, si eam nunquam eripuissem, sed illa absque me fuisset extra incendium posita. Atqui si emptor in casu nostro restitueret furi positivâ actione rem emptam, planè positivè projiceret quasi in incendium: ergo sicut non posset rem illam nunquam à fure emptam furi tradere in eum finem, ut pecuniam sibi furto ablatam restitueret ità nec ut restituat pretium.

256. Ratio à priori, quam Lugo fatetur esse fortissimam, est hæc. Melior status rei, undecunque proveniat, pertinet ad utilitatem domini, & Domino accedit: ergò non licet sine injustitia ex meliore statu quem acquisivit positivè dejicere in pejorem statum, tametsi non teneat cum notabili incommodo meo illum meliorem statum conservare: nam hæc sunt valde diversa. Atqui res furtiva à fure ad me perveniens, & extra furis detentionem constituta acquisivit meliorem statum, sicut res ex incendio erepta. Ergo, &c.

Responsiones, quas huic argumento adhibet Lugo n. 30. declarant solùm id, quod prima conclusione statutum est, ipsam autem positivam restitutionem de qua nunc loquimur, potiùs impugnant, quàm excusent, ut legenti manifestum erit.

257. Respondet aliter P. Dicastillo: illum meliorem statum non provenire ex ipsa re, sed ex mea bonitate & probitate. Sed contra; Vndecunque proveniat, jam accessit ipsi rei, & domino rei, sicut in exemplo rei ereptæ ex incendio. Hoc quidem verum est, me non teneri talem statum conservare: unde sicut librum possem à me abjicere, relinquendo periculo seu incendii seu furti, ita possem rem emptam ponere extra meam custodiam; & sic desinerem præcisè conservare ejus statum meliorem quem acquisivit: sed sicut non licet librum positivè projicere in ignem, quod esset positivè ponere in statu pejore, applicando scilicet causæ destructivæ, ità non licebit rem emptam à fure ferre ad ædes furis, & ejus detentioni iterum subjicere. Uno verbo: possum auferre omnia illa, quæ si non auferam, dicor rem illam conservare seu custodire cum periculo proprii damni. quidquid autem ampliùs fecero quo sim causa nocumenti vel pejoris status, illud erit contra Justitiam.

258. Objicies 1. Cum Lessio. Contractus ille emptionis potest ab emptore rescindi, utpote dolo initus: ergo potest rem emptam restituere in illum statum, in quo ante emptionem fuit. Respondeo negando consequentiam, quam quidem illegitimè inferri ex illo antecedente potest dupliciter ostendi. Primò enim pari jure inferri posset, quòd emptor posset rem furi referre, & restituere, si dominus rei præsens esset, & rem vellet vindicare. nam etiam tunc posset contractum rescindere: hoc autem est inconveniens, quia teneretur rem tradere domino: ergo ad rescindendum contractum non est necessarium rem emptam constitui in pristino statu. Secundò posset inferri, quòd non solùm posset, sed deberet restituere furi, deberet enim omne illud præstare, quod esset necessarium, ut contractus legimè rescinderetur: ergo si per te est necessarium restitui in pristinum statum, non tantùm poterit sed debebit restitui, supposito, quòd velit rescindere contractum. Ratio autem à priori est, quia fur habet ex se obligationem restituendi pecuniam, & alter habet jus ad illam, utpote dolo & injustè acceptam. at verò fur nullum habere videtur jus ad restitutionem equi, quin potiùs dominus videtur habere jus, ut non restituatur positivâ actione. Ergo. Dixi: *videtur*. Nam fortassis res aliter se habet, ut videbimus.

259. Objicies 2. Cum P. Dicastillo. Qui rem aliquam invenit in platea, & tollit eo animo, ut restituat domino suo, si deinde aliquod inde malum sibi timeat, potest redire ad locum, ubi invenit, & ibi reponere in pristinum statum: ergò potest etiam emptor in pristinum statum, licèt pejorem, reponere rem emptam. ℞. Negando paritatem, & est satis aperta disparitas. Inventor enim potest quidem ob periculum desinere rem conservare, sed non debet nec potest rem temerè abjicere, si commodè potest ad antiquum locum reportare, sic enim poneret in pejore statu quàm fuit ille ex quo extraxit: fortassis enim Dominus quæreret in loco ubi amisit, non quæsiturus in loco, in quem inventor abjiceret; quare reportando in locum antiquum non nocebit domino, sicut noceret qui rem furi restitueret. Et hac ratione aliquando hanc sententiam defendi. Nihilominus

260. DICO 3. Etiam speculativè loquendo videtur probabilius, posse rem ad furem referri, ad recipiendum pretium, si fur restitutionem rei exigat, permittendo rei apprehensionem, etiamsi prævideatur periculum domini, rem suam non consequendi. Probo Conclusionem ratione, ex qua statim apparebit solutio & responsio ad instantias pro secunda conclusione allatas. Fur contraxit duas obligationes, unam restituendi equum domino suo, vel in se, vel in æquivalenti, si equum non recipiat: alteram restituendi pretium emptori, ob rem alienam venditam, quam ille retinere non potest. si ergo paratus est restituere pretium, justè petit sibi restitui equum, ut possit illum restituere domino: certè de hoc dubitari non potest, quòd justè peteret equi restitutionem, si reverà paratus esset equum restituere domino suo: quod autem habeat jus repetendi equum in casu redditi pretii, non provenit, nec fundatur in animo illum restituendi domino, sed in obligatione restituendi equum. sicut jus exigendi alimenta, fundatur in obligatione quam habet servus ad operas, quas sine exhibitione victûs præstare non potest. ergo idem jus est, qualiscunque sit animus: ergo si exigat equum ab emptore, ut habeat potestatem illum restituendi, emptor potest equum exhibere, imò tenetur, si velit recipere pretium, & alter nolit aliter pretium restituere.

Hinc apparet, non esse paritatem in exemplis allatis; quia qui me vellet damnificare, nisi ego res Pauli projiciam in incendium, non habet jus ad talem projectionem, & ad se salvandum indemnem, sicut fur salvatur indemnis, si equum recipiat, quem si non reciperet, deberet in æquivalenti solvere domino. Itaque emptor habet se adhuc permissivè, offerendo furi occasionem satisfaciendi suæ obligationi, nec tenetur supplere defectum animi furis cum jactura pretii.

§. II.

Circa obligationem restituendi fructus certiora quædam præmittuntur.

361. NOtandum 1. Fructus rerum esse triplices: merè naturales, merè industriales, & mixtos: qui tamen simpliciter industriales etiam à DD. vocantur. His addunt aliqui quartum genus, nempe fructus *Civiles*, hoc est qui ex jure alteriúsque obligatione proveniunt, ut Usuræ, pensiones, mercedes, salaria &c. quæ licèt fructus propriè non sint, vim tamen fructuum obtinere dicuntur, & vel ad mixtos, vel ad industriales revocantur. *l.* 121. *ff. de V. S. Usura pecuniæ quam percipimus, fructus non est, quia non ex ipso corpore, sed ex alia causa est, id est nova obligatione.* & *L.* 34. *ff. de Usuris. Usuræ vicem fructuum obtinent, & meritò non debent à fructibus separari.* & *L.* 36. *eod. Prædiorum urbanorum pensiones pro fructibus accipiuntur.*

Fructus merè naturales sunt, qui sine præcipuo vel notabili hominis facto ex corpore rei beneficio naturæ proveniunt, ut poma, nuces, sylvæ cæduæ. Merè industriales sunt, qui quidem ex rei corpore, potissimùm tamen hominis labore, industriâ, operâ, culturâ & curâ proveniunt, & huc etiam revocantur usuræ: item si quis aliquid alieno instrumento elaborat, item si alienum semen in suo agro seminat: nam Segetes inde provenientes, licèt ratione agri & seminantis consideratæ sint fructus mixti, ratione seminis tamen sunt merè industriales, quia semen per se non fructificaret, cùm sit mortuum, sed vivificatur ab agro, & ideo est potiùs agri quàm seminis fructus. Fructus naturales Iure Bavarico vocantur: *Selbst gewachsen*, Industriales verò: *erziglet.*

262. Mixti fructus sunt, qui partim beneficio notabili corporis, partim industriâ notabili hominis proveniunt, ut si in alieno agro à me culto semen projiciam, dico r ex alieno corpore fructus mixtos percepisse: huc revocantur plerique fructus civiles, ut pensiones rerum locatarum, mercedes servorum, vecturæ navium & jumentorum. *L. fructus. ff. de Usuris.* & L. 62. *ff. de Rei Vin. Si navis à malæ fidei possessore petatur, & fructus æstimandi sunt, ut in taberna & area quæ locari solent.* Hos mixtos fructus Iuris periti vocant simpliciter industriales, Theologi verò vocant illos mixtos. Cæterùm benè monet Thomas Sanchez *lib.* 2. *in decal. c.* 23. *n.* 48. in casibus particularibus attendendum esse, quid in perceptione horum fructuum prævaleat, naturáne an industria, & inde denominationem tribuendam, in dubio verò judicis arbitrio in foro externo, in interno prudentis arbitrio relinquendum. Unde idem Sanchez cum Covarr. & Menochio censet, fructus civiles regulariter industrialibus adnumerandos esse, quia industria prævalet. Alii tamen accuratiùs illos distinguunt ab industrialibus, & quidem, ut notat Arn. Rath th. 97. de Rei vind. potiori ferè ratione, quàm industriales à naturalibus; tum quòd in legibus *L. usuræ ff. de usuris, & l. mercedes ff. de petit. hæred.* civiles fructus dicantur tantùm loco & vice fructuum esse, imò negentur propriè esse fructus: & ideo pecunia dicitur esse sterilis & infructifera, tum etiam quòd fructus civiles, secus naturales & industriales inter hæredem usufructuarii & dominum proprietatis pro rata temporis dividantur, quacunque anni parte decedat Usufructuarius, ut suo loco declaratum est. tum denique, quòd malæ fidei possessor fructus civiles, non industriales, si ipsius facto, v.g. locatione ædium, proveniant, suos faciat; nam licèt eo nomine domino rei obligetur, qui tamen solvit mercedem, dominium transfert, & liberatur. *l.* 55. *pr. ff. de condict. indeb. Si urbana prædia locave-*

caverit prædo, quod mercedis nomine ceperit, ab eo qui solvit, non repetetur: sed domino erit obligatus.

263. Notandum 2. Fructus alios esse jam solo separatos, & vel adhuc exstantes, vel jam consumptos, alios esse adhuc pendentes, & nondum perceptos: item alios fructus dici *percipiendos*, hoc est, qui percipi potuissent à domino rei ab alio possessæ. Denique alii sunt fructus præcedentes litis contestationem, alii subsequentes.

264. DICENDUM est 1. Fructus merè industriales non tantùm bonæ, sed etiam malæ fidei possessor pleno jure suos facit, ut ne quidem exstantes, & quantùm inde locupletior factus est, restituere cogatur. Ratio conclusionis evidens est: quia sicut fructus rei rem, ita fructus industriæ industriam sequitur: quis enim judex toleraret eum, qui non solùm calamum aut penicillum, sed etiam pretiosam scripturam aut picturam repeteret & sibi adjudicari vellet, quam cum ipsius calamo scripsi, aut penicillo pinxi? Teneor ergo solum calamum, & valorem usus aut damnum domino emergens, aut lucrum cessans (si malâ fide usus sum, quæ se per accidens habent) restituere, non laboratum opus. Neque ab hac certâ theologorum sententia discrepat VVurmserus *lib. 2. tit. 1. contr. 15.* aut alii Iuristæ, quia, ut jam antè notavi, loquuntur de fructibus industrialibus, quos theologi *mixtos* vocant.

265. DICENDUM 2. Fructus necdum percepti, ut segetes agro adhærentes, poma pendentia, fœtus necdum editi, adeoque sive sint naturales, sive mixti, ad dominum rei fructiferæ pertinent, & una cum reipsa vindicantur. *L. Julianus 13. §. si fructibus. 10. ff. de actionib. empti. Si fructibus jam maturis ager distractus sit, etiam fructus emptori cedere, nisi aliud convenit, exploratum est.* Ratio est clara, quia censentur pars illius rei fructiferæ. Tenetur tamen Dominus possessori bonæ fidei expensas utiliter factas, & æstimationem laboris solvere. *L. si quis sciens. 11. C. de R. V.* ibi. *Sanè eum qui bonâ fide possidens hæc fecerit* (id est alienum agrum severit) *per doli mali exceptionem contra vindicantem dominium servare sumptus Iuris auctoritate significatum est.*

§. III.

An omnes Fructus exstantes restituendi sint.

266. Controversum admodum est circa fructus naturales & mixtos jam perceptos, sed adhuc exstantes apud possessorem, an re evictâ sint restistituendi Domino, vel an bonæ fidei possessor ipsâ perceptione suos effecerit. In quo puncto adeo in speciem discrepantes exstant leges, ut & nobilissimi IurisConsulti apud Card. de Lugo, ac ipse Lugo *d. 17. n. 47.* planè desperent de illis conciliandis. Quidquid enim dixeris, id quidem ob auctoritatem DD. & Interpretum erit probabile, sed habebis aliquam legem graviter adversantem, ut ostendo.

Si enim primò distinguas cum Acursio, & Duareno, ac Donello, & dicas mixtos fructus fieri bonæ fidei possessoris, non item naturales; opponitur tibi statim lex *bonæ fidei* 48. *ff. de acquir.* rerum dominio, ubi dicitur, quòd bonæ fidei emptor fructus *interim*, (hoc est, quamdiu possidet, donec res evincatur) non tantùm eos, qui diligentiâ & operâ ejus provenerunt, sed etiam omnes faciat suos. Ecce! lex nullum discrimen admittit, inter naturales & mixtos.

Deinde opponit se lex *in pecudum. ff. de usur.* ubi de fructibus naturalibus dicitur, quòd pleno Iure sint bonæ fidei possessoris. [In pecudum fructu etiam fœtus est, sicut lac & pilus, & lana: itaque agni & hædi, & vituli statim pleno Iure sunt bonæ fidei possessoris, & fructuarii.] Scio aliquos, ut Castro Palao: hæc inter fructus mixtos numerare, sed immeritò, in his enim natura prævalet, esto aliquis labor in ijs educandis requiratur. Unde Joan. Harpprecht ex communi Juristarum, & plurimis textibus hæc omnia inter fructus mer naturales numerat. in §. 35. J. de R D. n. 8. Denique opponitur lex. 22. C. de rei vindi. ubi dicitur. [Certum est, malæ fidei possessores omnes fructus solere cum ipsa re præstare: bonæ fidei verò exstantes: post litis autem contestationem universos.] Ecce! negantur bonæ fidei possessori omnes fructus exstantes.

267. Si verò secundò dicas cum communi Theologorum quos refert Layman n. 5. omnes tam naturales, quàm industriales mixtos esse restituendos, & neutros fieri possessoris, facit imprimis contra te §. 35. *Inst. de Rerum divis.* ubi dicitur: [Si quis à non Domino, quem Dominum esse crediderit, bonâ fide fundum emerit, vel ex donatione, aliâve quâlibet justâ causâ æquè bonâ fide acceperit: naturali ratione placuit, fructus quos percepit ejus esse pro cultura & cura.] Item facit contra te lex 45. ff. de usuris. ubi dicitur, quòd bonæ fidei possessor illos fructus faciat suos, quos operis suis acquisiverit, ut serendo, non verò fructus merè naturales. [Fructus percipiendo suos facit, illos tamen, quos suis operis acquisierit, veluti serendo. Nam si pomum decerpserit, vel ex sylvâ cædit, non fit ejus, quia non ex facto ejus fructus nascitur.]

Si denique, & tertiò dicas cum Menochio, Cujacio, Layman, Manzio, Cast. Palao, quòd bonæ fidei possessor fiat quidem Dominus omnium fructuum tam mixtorum, quàm naturalium, sed revocabiliter, obstare videtur lex *sequitur. §. lana. 19. ff. de usuc.* ubi dicitur: [Lana ovium furtivarum, si quidem apud furem detonsa est, usucapi non potest: si verò apud bonæ fidei emptorem, contra. Quoniam in fructu est,

nec

nec NB. usucapi debet, sed statim emptoris fit. idem in agnis dicendum, si consumpti sint, quod verum est.) Subsumitur: atqui si tantùm fierent possessoris revocabiliter, utique usucapio utilis esset, acquireret enim dominium irrevocabiliter, ut contra hanc sententiam argumentatur Donellus, & Lugo: ergo acquirit eos irrevocabiliter. In hac legum perplexitate placet magis tertia sententia, cum qua

268. DICO 3. Bonæ fidei possessor tenetur fructus adhuc in se, & formaliter exstantes, tam mixtos, hoc est, non merè industriales, quàm naturales, restituere Domino, tametsi ante rei evictionem eorum dominium, sed revocabile acquisiverit. Probatur Conclusio ex lege Certum 22. *C. de Rei Vindicatione*, cujus verba paulò antè dedimus. Quæ quidem debet esse maximi ponderis, cùm sit lex Codicis, & valde clara, adeoque si esset aliqua legum antilogia, priores censerentur posthabendæ. An autem reverâ sibi contradicant, videamus.

269. Objicitur ergo 1. *Lex sequitur.* 4. §. *Lana. ff. de usucap.* cujus verba paulò antè recitavimus. ℞. In prædicta lege non negari, quòd possint usucapi fructus percepti quoad irrevocabilitatem, ut benè notârunt Antonius Faber, Menochius, Hartmannus, Pistorius, Fachineus, quos refert & sequitur Arnoldus Rath de Rei vind. th. 123. lit. C. sed eo solùm sensu, quòd non possint usucapi simpliciter & quoad dominium ut sic, cùm bonæ fidei possessor statim sit Dominus, ità ut si alienet, verè transferat dominium.

270. Replicabis. Insolens esse videtur, dari dominium revocabile, præsertim illarum rerum, quæ usu consumuntur: unde nos ipsi ex certa sententia suprà docuimus, ideo RR. PP. Franciscanos non esse Dominos ciborum, quia solùm habent facultatem revocabilem, & ideo talem usum distingui à dominio. Respondeo, doctrinam illam de facultate PP. Franciscanorum procedere de facultate ad nutum in singula momenta revocabili, ubi constat de Domino rerum, à quo facultas pendet. nihil hujusmodi est in Iure possessoris ad fructus. Cæterùm non est insolens dari dominium revocabile, tunc nimirùm, quando resolvitur causa dominii: exemplum est in dominio, quod habet maritus in dote, quod revocatur resolutâ causâ, scilicet dissoluto matrimonio: sic ergo, resolutâ causâ, propter quam possessor erat Dominus factus, hoc est, bonâ fide, quæ cessat, quando per rei evictionem constat quis sit Dominus, revocatur dominium. & hoc sibi vult lex *bonæ fidei. ff. de acquir. rer. dom.* jam sup. recitata, dum dicit, quòd possessor bonæ fidei omnes fructus *interim* suos faciat, hoc est, donec evincatur: eodem modo intelligendus est. §. 35. *Inst. de R. Divis.* etiam relatus. ex quibus legibus, junctâ lege Codicis, est plenè probata Conclusio, legésque aliquot conciliatæ. Adhuc tamen

271. Objici potest 2. *Lex 45. ff. de Usuris.* ubi dicitur: *Fructus percipiendo uxor vel vir ex re sibi* (à conjuge) *donata* (adeoque aliena, quia donatio inter conjuges per se loquendo non valet) *suos facit, illos tantum, quos operis acquisierit, veluti serendo: nam si pomum decerpserit, vel ex sylva ceciderit, non fit ejus, sicut nec cujuslibet bonæ fidei possessoris.* Ex hac lege visum est P. Laymanno, c. 3. *de Restit. n.* 5. clarè deduci, possessori solùm acquiri dominium fructuum industrialium, seu mixtorum, non verò naturalium. Verùm huic responsioni adversatur lex *Bonæ fidei*, quæ nullum admittit discrimen.

272. Aliter ergo respondet P. Castro Palao, ideo maritum vel uxorem non acquirere dominium fructuum naturalium perceptorum (bene tamen industrialium) quia caret legitimo titulo, qui requiritur ad acquirendos fructus naturales, non verò ad industriales. Hæc responsio, & est sine Iure conficta, & contra clarum textum citatæ legis, in qua dicitur: *sicut nec cujuslibet bonæ fidei possessoris.* Adeoque nec illius, qui habet titulum, quales plerique sunt.

273. Aliter ergo ad prædictam legem respondendum esse censeo, & fatendum imprimis, quòd hæc lex loquatur de dominio irrevocabili, adeoque asserere, quòd uxor fructus industriales faciat irrevocabiliter suos, non item naturales. Ratio discriminis est hæc, quia licèt donatio fundi facta à marito non valeat quoad fundum ipsum, valet tamen quoad emolumenta fundi, per quæ ipse non fit pauperior: jam verò si mulier in agro illo suum semen serat, & illos fructus colligat, non fit maritus pauperior; si verò fructus pendentes decerpere, & suos facere uxor posset, posset ex hoc capite maritus pauperior fieri. Est ergo ratio discriminis. Quod si quis huic responsioni meæ acquiescere nolit, fateamur cum Lugone & aliis, hanc legem, quæ est Pomponii JC. responsum, & exstat in Digesto veteri, esse posterioribus correctam.

274. Objicitur 3. Si Possessor esset fructuum Dominus, tunc Dominus rei evictæ non posset illos petere Rei vindicatione, quod tamen facere videtur. ℞. Cum Layman, Palao & aliis, imò non petere illos rei vindicatione, sed vel condictione sine causa (quæ est actio personalis, quâ petimus illud, quod quidem ante ex justa causa apud al[i]um fuit, sed postea cessante causâ esse non debet) vel implorato Iudicis officio. Addo ego, posse etiam peti condictione ex lege, quæ datur, quando aliqua obligatio lege cauta est, nec tamen est expressum, quâ actione agendum sit. Restitutio fructuum cauta est. *L. Certum cit. L. de R. V.*

§. IV.

§. IV.

An restituendi fructus consumpti ante litis contestationem, in quantùm bonæ fidei Possessor inde locupletior factus est.

275. GRaviùs adhuc controversum est, an bonæ fidei possessor fructus consumptos, sed adhuc æquivalenter exstantes restituere cogatur ex legum dispositione. Dico, ex legum constitutione: nam seclusis legibus ex Iure naturæ teneretur utique restituere illos fructus, in quantùm locupletior factus est. Quia tamen ex justissimis causis leges possunt in hujusmodi casibus aliud statuere, videndum est, an in hac parte leges adjudicent fructus consumptos omnes bonæ fidei possessori, vel an illos excipiat, in quantùm locupletior factus est.

Et quidem Jure Bavarico non tenetur bonæ fidei possessor ullos restituere. Ità habetur. L. R. tit. 9. a. 10. & ità interpretatur Arnoldus Rath de Iuris differentiis th. 80.

Intricatissima res est de Iure Cæsareo. Esse restituendos, in quibus possessor est locupletior factus, sine discrimine affirmat Innocentius, Bartolus (qui tamen etiam pro contraria parte citatur) Abbas Panor. Covar. Molina, Sayrus, Rebellus, Lessius, Layman, & innumeris citatis Sanchez apud Palao disp. un. de Iust. in genere p. 24. §. 7. n. 11. quibus adhæret, sed nihil disputat Lugo n. 47. Val. Azor, Toletus, Rodriquez apud Laym. & est, vno verbo, communissima Theologorũ, ità ut nullum inveniam, qui contrariam, ut probabiliorem defendat, quamvis probabilem dicant pleriq;. Ex Juristis eam tenet & acerrimè contra Harpprecht defendit VVurmserus lib. 2. Contr. 15. & apud eum Pistorius, ac plures alii.

276. Hujus sententiæ potiora fundamenta sunt sequentia. Primum ex variis legibus desumitur. *L. sed etsi. 25. §. consuluit. 11. ff. de hæreditatis petitione.* [Consuluit Senatus bonæ fidei possessoribus, ne in totum damno afficiantur, sed in id duntaxat teneantur, in quo locupletiores facti sunt. Quemcunque igitur sumptum fecerint ex hæreditate, si quid dilapidaverunt, perdiderunt, dum re suâ se abuti putârunt, non præstabunt; nec, si donaverint, locupletiores facti videbuntur, quamvis ad remunerandum aliquem naturaliter obligaverint, planè si remunerationem acceperunt, dicendum est, catenus locupletiores factos, quatenus acceperunt velut genus quoddam hoc esset commutationis.] Deinde adducitur lex *illud quoque 40. §. 1. eodem.* ibi. *In bonæ fidei possessore hi tantùm veniunt in restitutione, quasi augmenta hæreditatis, per quos locupletior factus est.* Denique adducitur lex 1. *C. de pet. hæred.* ibi. *Fructus bonæ fidei Possessores reddere cogendi non sunt, nisi ex his locupletiores exstiterint.*

277. Verùm hæ leges ad rem præsentem minimè faciunt, quia ut ex verbis, & ex Rubr. patet, loquuntur specialiter de possessore hæreditatis evictæ. Est autem specialis ratio, cur iste debeat fructus æquivalenter exstantes restituere; quia cùm possederit *pro hærede*, quidquid illi quà tali accessit, cùm reverâ hæres non fuerit, hæreditati tanquam personæ fictæ accessit, eámque auxit, evasítque pars universitatis bonorum. Non ità se habent fructus aliorum singularium bonorum, qui, ut paulò antè vidimus, non possunt eâdem actione peti, quâ res ipsa possessa vindicatur: fructus autem hæreditatis eâdem actione petuntur, quâ hæreditas petitur, ut notat P. Castro Palao, & Casparus Manzius in tit. 17. lib. 4. Inst. §. 3. Quare ex hoc capite sumitur argumentum pro contraria sententia.

278. Secundum fundamentum hujus sententiæ est hoc. Regula generalis est, quòd nemo cum alterius detrimento (sine illius consensu) debeat locupletari. *L. nam hoc natura. 14. ff. de condict. indeb.* atqui hoc fieret, si luc aretur fructus, quibus consumptis possessor locupletior factus est. Hoc fundamentum plus non probat, quàm quòd spectato Iure naturæ ità se res haberet, seclusis legibus: sed ex dispositione legis aliter esse posse nemo negaverit, nisi qui vim præscriptionis ignoret.

279. Tertium fundamentum. Fructus exstantes sunt restituendi, ut præced. §. dictum. sed fructus consumpti cum lucro possessoris exstant æquivalenter; ergo sunt restituendi. Nec hoc quidquam evincit. Nam, nisi vis fiat legibus, illæ loquuntur manifestè de realiter existentibus, & in Iudiciis semper isti soli intelliguntur. Quapropter attentâ legum dispositione fructus æquivalenter exstantes non veniunt nomine *exstantium*, licèt hoc nomine venirent, si de solo jure naturæ quæstio esset. Hæc sunt fundamenta hujus tam receptæ sententiæ, ut mirum sit tam multos tam obstinatè illi adhæsisse.

280. DICO 4. Possessor hæreditatis alienæ tenetur etiam fructus consumptos restituere, quantùm locupletior factus est. Constat ex legibus in primo fundamento præcedentis sententiæ adductis, quæ id clarissimè dicunt.

281. DICO 5. Cæteri possessores bonæ fidei bonorum singularium probabiliùs non tenentur consumptos fructus restituere, quantumvis locupletiores inde facti sint. In hac conclusione convenio cum modernis Iuristis, quibus ex Theologis accedit Palao, quatenus in eam magis inclinat.

Probo Conclusionem 1. Quando leges loquuntur de fructibus hæreditatis restituendis, semper expressè mentionem faciunt eorum quibus possessor factus est locupletior: quando verò de cæteris possessoribus loquuntur, nullam ho-

rum exceptionem faciunt, sed simpliciter dicunt, fructus consumptos lucrari possessorem. *L. sed, & loci*. 4. §. *post litem* 2. *ff. finium regundor*. ibi. [Sed ante Iudiciû percepti non omnimodo hoc in Iudicium venient, aut enim bonâ fide percepit, & lucrari eum oportet, si eos consumpsit: aut malâ fide, & condici oportet.] Item §. *si quis à non Domino. Inst. de Rer. divis.* ibi. [Naturali ratione placuit fructus quos percepit ejus esse pro cultura, & cura.] Qui textus si benè ponderetur est efficacissimus. Nam Iure naturæ non propter cultuam, & curam liberatur à restitutione fructuum consumptorum sine lucro, sed propter bonam fidem, ut Theologi omnes docent: ergo quando Imperator aliquid vult ampliùs concedere pro cultura, & cura, illud erit lucrum ex fructibus consumptis. Et hoc indicat verbum: *Naturali ratione* (id est æquitate) *placuit*. Ulteriùs colligitur id ex lege *certum*. C. de Rei V. quam retulimus præc. §. ubi fructus exstantes jubentur restitui conformiter obligationi naturali: ergo debuisset Imperator etiam de lucro ex consumptis mentionem facere, nisi voluisset in hoc possessori favere. Denique huic sententiæ etiam inde pondus accedit: quia teste non solùm Pinello, & Fabro, sed etiam ex adversariis Rebello, & Sanchez in praxi hæc sententia observatur. Hinc autem

282. Probatur Concl. 2. In magna legum ambiguitate (si quæ tamen in præsenti est) illa interpretatio posthabenda est, quæ in praxi non observatur, & si observanda esset, innumeris perplexitatibus, & scrupulis objiceret possessores timoratæ conscientiæ: sic se res habet in casu nostro. Nam sententiam nostram tribunalia sequuntur: ipsi Theologi securam in conscientia fatentur. & præterea clarû est, quàm difficile, molestúmque futurum esset timoratis possessoribus examinare lucrum ex fructibus, & synceré ponderare, ac tandem restituere.

283. Objici posset ex §. *etsi Inst. de off. Iud.* ubi dicitur, eadem intervenire in petitione hæreditatis, ac singulorum: atqui in illa petitur lucrum ex fructibus consumptis: ergo, & in hac. ℞. Eadem intervenire formaliter, non materialiter; hoc est, fructus utrobique petuntur, sed non eodem modo, & pari latitudine, quam tamen diversitatem noluit Justinianus declarare in Institutionibus, sed in Codice.

§. V.

Ad quos fructus restituendos malæ fidei possessor teneatur.

284. DICENDUM 6. Malæ fidei possessor etiam fructus consumptos ante litis contestationem restituere tenetur in conscientia, sive locupletior factus sit sive non. Ratio est manifesta: nam illi fructus cesserunt possessori bonæ fidei propter bonam fidem, ut suprà probatum est: ergo si bona fides non adfuit, manserunt in dominio Domini rei: ergo si possessor absumpsit, tenetur ad restitutionem. Textum jam dedimus in leg. *Certum. C. de Rei vindic.*

285. Fructus consumptos, si quidem dolo malo consumpti sunt, consequitur Actor Rei vindicatione utili (non directâ) quæ datur adversus eum, qui dolo desiit possidere, ad hoc, ut si non ampliùs existant, eorum æstimatio præstetur. *l. 36. in pr. ff. de Rei vindic.* [Qui petitorio experitur judicio, ne frustra experiatur, requirere debet, an is cum quo instituat actionem, possessor sit, vel dolo desiit possidere.] Si verò ideo consumpsit, quia alioquin corrupti essent, non possunt vindicari, quia nec possidet nec dolo desiit possidere; sed actor illos consequetur condictione furtivâ, ut habetur §. *finali Inst. de obligationib. quæ ex delicto nascuntur*. ibi. *Condictio autem* (furtiva) *adversus furem ipsum hæredémve ejus, licèt non possideat, competit.* Eadem autem ratio est de quocunque malæ fidei possessore. *Arnoldus Rath. th. 115. de R. V.*

Conclusio procedit 1. Etiamsi illos fructus Dominus rei non fuisset percepturus. Ità communis contra Covarruviam, Vasquez, Sayrum, Navarrum. Ratio est, quia quando exstiterunt, erant ipsius Domini: ergo malæ fidei possessor tenebatur illos restituere exstantes: ergo si absumpsit, rem alienam sciens absumpsit, & jus alteri quæsitum læsit: ergo restituere tenetur.

Procedit 2. Etiamsi illi fructus provenerint exelioramentis adjectis rei à malæ fidei possessore, modò sint inseparabilia à re. Ratio est eadem.

286. DICENDUM 7. Non solùm fructus consumptos, sed etiam illos restituere tenetur malæ fidei possessor, qui percipi potuissent non solùm communi, sed etiam singulari diligentiâ, sed cum hac distinctione, ut in foro conscientiæ non nisi ad illos teneatur, quos ipse Dominus rei verisimiliter percepturus fuisset juxta consuetam illi in rebus suis diligentiam. Ratio. Quia quoad hos solos læsus est, & numerantur inter lucrum cessans, ad quod malæ fidei possessor obligatur.

287. In foro externo in pœnam injustæ detentionis condemnatus possessor etiam in restitutionem illorum fructuum, qui etsi non fuissent percepti, honestè tamen percipi potuissent. *L. navis. 62. §. fin. ff. de R. V.* ibi. *Generaliter autem, cùm de fructibus æstimandis quæritur, constat animadverti debere, non an malæ fidei possessor fruiturus sit* (putarem legendum, *fruitus sit*) *sed an petitor frui potuerit, si ei possidere licuisset, quam sententiam Julianus quoque probat. l. 33. eod. Fructus non modò percepti, sed & qui percipi honestè potuerunt, æstimandi sunt, &c.*

Obji-

Objici tamen potest lex 17. C. de R. V. ubi loquens de emptore qui admonitus quòd res esset aliena, emit, aut alio modo malâ fide contraxit, sic habet. *Fructus, quos eum malâ fide percepisse fuerit probatum, aditus præses Provinciæ restitui jubebit.* cùm ergo nulla mentio fiat fructuum, qui percipi potuissent, ad hos non tenebitur.

288. Propter hanc legem plurimi Juristæ, quibus accedit Sanch. *lib. 2. c. 23. n. 98.* distinguunt, & aiunt, ad fructus perceptibiles & non perceptos solum illum malæ fidei possessorem teneri, qui sine titulo malâ fide possedit; de quo volunt loqui leges à me relatas. Ità post glossam Bartolus, Durand: Baldus, Angelus Hostiensis & alii. Verùm mihi probabilior est sententia aliorum quos sequitur Menochius *de recup. poss. remed. 15. n. 606. & seq.* sine discrimine omnes teneri, quia leges allatæ nullum discrimen faciunt. lex autem *Si fundum*, etsi taceat fructus non perceptos, non propterea negat esse restituendos, si actor probâsset, & petiisset: sed quia actor tantùm probavit consumptos, hos solos adjudicare Præses jubetur. Sanè glossa quatuor casus recenset, & Sanchez duos addit, in quibus nec titulus, utpote à jure reprobatus, excusat.

289. QUÆRES 1. An in his fructibus æstimandis Actor potiùs an possessor considerandus sit, hoc est, an possessor in illos condemnandus, quos actor percipere potuisset, vel quos possessor: sunt enim hominum industriæ diversæ. Castro Palao vult Judicis arbitrio relinquendum. Hoc tamen non satisfacit; nam Judex volet ex nobis scire, quid legibus conformius sit. Itaque sentio cum Arnoldo Rath th. 102. de R. V. actoris rationem habendam esse, huic enim favere volunt leges. & præterea non potest actor se læsum existimare per hoc, quòd possessor non sit usus majori industriâ, quàm quâ ipse dominus uti potuisset si rem possedisset.

QUÆRES 2. An hæc obligatio sit in foro conscientiæ quoad fructus qui percipi potuissent, sed nec à possessore percepti sunt, nec à domino percepti fuissent. ℟. Negativè, ante Judicis sententiam, quia sunt leges pœnales latæ in odium malæ fidei, de quibus actum in 1. tract.

§. VI.

De obligatione restituendi fructus post litem contestatam perceptos vel percipiendos.

290. DICENDUM 8. Post litem contestatam, tam bonæ quàm malæ fidei possessor tenetur fructus perceptos & percipiendos restituere, etiamsi inde non sit factus locupletior. Ità Interpretes in *leg. 25. §. 7. ff. de hæred. pet.* ibique redditur ratio. [quoniam post litem contestatam omnes incipiunt malæ fidei possessores esse; quin imò post controversiam motam: quanquam enim litis contestatæ mentio fiat in Senatusconsulto, tamen & post motam controversiam omnes possessores pares fiunt, & quasi prædones tenentur: & hoc jure hodie utimur: cœpit enim scire (fictione juris ità præsumentis inquit gl.) rem ad se non pertinentem possidere se is qui interpellatur]

Excipitur tamen ab hac regulâ primò; si fructus erant percipiendi ex melioramento à possessore adjecto, tunc enim bonæ fidei possessor non tenetur restituere fructus non perceptos, benè tamen malæ fidei possessor, ut contra Accursium docet Arnold. Rath th. 109. Ratio est æquitas, ne bonæ fidei possessor ex sua diligentia damnum percipiat.

291. Excipiuntur 2. Usuræ, quæ ex pecunia aliena percipi potuissent: nam nec hæ restituendæ sunt: cujus specialis ratio redditur in *l. 62. ff. de Rei V.* ibi. [Nam etsi maximè vectura, sicut usura non naturâ pervenit, sed jure percipitur: tamen ideo vectura desiderari potest; quoniam periculum navis possessor petitori præstare non debet; cùm pecunia periculo dantis fœneretur.]

292. Conclusio autem procedit, supposito, quòd per Sententiam res fuerit evicta; nam quamdiu evicta non est, tamdiu possessor bonæ fidei habet jus percipiendi fructus, sicut habebat antè, nec quoad hoc fit per litis contestationem malæ fidei possessor, sed solùm quoad effectum in conclusione positum, ex suppositione quòd in Iudicio petitorio succumbat: & hoc sensu intelligi potest lex 25. §. 2. *ff. de Usuris.* ibi. *Bonæ fidei emptor quoad percipiendos fructus intelligi debet, quamdiu evictus fundus non fuerit.* Quin imò Garzia, quem sequitur Sanchez l. c. n. 193. & Palao §. 8. n. 4. docet, non teneri bonæ fidei possessorem restituere fructus aliter post litem contestatam quàm antè, si in ipsa litis contestatione non fuerunt allegata talia argumenta, quibus vera mala fides fuerit introducta: nam si possessor putavit se adhuc probabilem habere exceptionem, censent isti DD. non esse comparandum aut æquiparandum cum malæ fidei possessore, ac pro se allegant legem 17. *C. de Rei Vin.* Ego tamen non assentior, nam in cit. l. hoc non habetur. deinde obstat lex 25. ff. de hæred. pet. ex cujus verbis paulò antè recitatis constat, incipere possessoris malam fidem fictione juris statim post motam controversiam etiam ante litis contestationem: & præterea *lex Certum.* C. de R. V. clarè satis, & universaliter loquitur asserens, bonæ fidei possessorem post litis contestationem ad universos fructus restituendos obligari.



§. VII.

Quas expensas deducat possessor seu bonæ seu malæ fidei in Restitutione rei & fructuum.

293. Supponendum ex lege 36. §. *fin. ff. de hæred. petit.* fructus non habere rationem fructuum, nisi *deductis impensis, quæ quærendorum, cogendorum, conservandorúmque eorum gratiâ fiunt.* Deinde

Notandum est ex *l. impensæ. ff. de V. S.* Impensas esse triplicis generis, *Necessarias, Utiles, Voluptuarias.* Necessariæ sunt, quæ si non fierent, res peritura seu deterior futura esset, ut refectio ædificii, cultura agrorum, alimonia & cura animalium, & similia quæ enumerantur in *l.* 1. §. *fin. & l.* 2. 3. 4. *ff. de impensis in rem dotalem factis.* Impensæ utiles sunt, quæ fructum rei augent, sine quibus tamen res non minùs integra esset, ut ædificium in area vacua exstructum. Voluptuariæ seu Voluntariæ sunt, quæ rem tantùm ornant, & ad recreationem serviunt, utilitatem autem seu fructus non augent, ut Viridaria, aquæ salientes, incrustationes, picturæ, &c. His notatis

294. DICENDUM 1. Expensas necessarias tam malæ quàm bonæ fidei possessor deducit. Ratio est, quia alioquin dominus rei locupletaretur cum jactura alterius: nam illas expensas ipse facere debuisset, si res non fuisset ab alio possessa.

DICENDUM 2. Expensas utiles, si possint à re possessa auferri salvâ ipsius substantiâ, non tenetur dominus solvere possessori, sed potest eas possessori auferendas relinquere. Ratio est, quia alioquin cogeretur emere rem illam, quod leges non probant. *L. nec emere. C. de Jure deliberandi. Nec emere, nec donatum assequi, nec damnosam quisquam hæreditatem adire compellitur.* Hoc tamen ego limitandum existimo, si res illæ separatæ à corpore rei possessæ suam adhuc utilitatem retineant: si enim penitus inutiles redderentur possessori, credo consentaneum esse æquitati, ut perinde habeantur acsi tolli non possent, ne utilis administratio rei sit damnosa possessori bonæ fidei, quod æquitas non permittit.

295. DICENDUM 3. Utiles impensas non auferibiles bonæ fidei possessor deducit, si dominus ità dives sit, ut solvere possit absque rei suæ alienatione. Quodsi ità pauper sit, ut non possit impensas solvere, nisi rem ipsam quam evincit vendat, non potest tamen possessor rem ipsam interea servare, vel dominum cogere ad vendendum, ut impensæ solvantur, prout tradit Arnoldus Rath th. 145. & colligitur ex lege *in fundo,* 38. *ff. de Rei Vin.* ibi. *Finge pauperem* (dominum fundi evicti) *qui si reddere id cogatur, laribus, sepulchris avitis carendum habeat, sufficit tibi* (possessori) *permitti tollere ex his rebus quæ possis: dum ità ne deterior sit fundus, quàmsi initio non fuerit ædificatum, &c.* manebit tamen dominus obligatus, postea, cùm primùm ex fructibus poterit, solvere.

Conclusionis hujus secundum membrum triplicem patitur exceptionem. Prima. si dominus rem evictam venalem habeat. *l.* 29. *ff. eod.* Secunda. Si dominus ejusmodi expensas ipsemet facturus fuisset, aut cùm fierent approbaverit: *l.* 38. *eod.* ibi. *finge & dominum eadem facturum fuisse; reddat impensam ut fundum recipiat.* Tertia. si possessor bonæ fidei adhuc incertus an res esset aliena, antequam ædificaret, denuntiaverit ei, qui se dominum dicebat, iste verò dissimulaverit, censetur enim consensisse, & tacitè mandâsse. arg. *l.* 18. *ff. mandati. Qui patitur ab alio mandari ut sibi credatur, mandare intelligitur.*

296. DICENDUM 4. Malæ fidei possessor in foro externo non permittitur deducere expensas utiles, & multò minùs Voluptuarias, sed eas per sententiam Judicis amittit, nisi possit illæsâ re vindicatâ auferre. *l.* 5. *C. de R. V.* ibi. [Ejus autem quod impendit, rationem haberi non posse, meritò rescriptum est; cùm malæ fidei possessores, ejus quod in rem alienam impendunt, non eorum negotium gerentes quorum res est, nullam habeant repetitionem, nisi necessarios sumptus fecerint. Sin autem utiles: licentia eis permittitur, sine læsione prioris statûs rei eos aufere.] & *l.* 37. *ff. eod.* in fine. *Sed hoc ei concedendum est, ut sine dispendio domini areæ tollat ædificium quod posuit.*

297. Ojici possit §. *ex diverso. Inst. de Rer. divis.* ubi dicitur, quòd qui in alieno solo ex sua materia domum ædificavit, domus fiat illius cujus solum est, & dominus materiæ proprietatem illius amittat, quia voluntate ejus intelligitur alienata, utique si non ignorabat se in alieno solo ædificare: *& ideo NB. licèt diruta sit domus, materiam tamen vindicare non potest,* ergo nec possessor malæ fidei potest ædificium auferre. Negatur consequentia & paritas, quia in possessore malæ fidei non præsumitur animus alienandi materiam, cùm voluerit rem ut suam tenere. De hoc iterum dicetur tract. 5.

298. DICO tamen 5. In foro conscientiæ & antecedenter ad Iudicis sententiam posset malæ fidei possessor deducere, & bonâ conscientiâ retinere expensas utiles. Ità Theologi. Probatur. Quia in conscientia non tenetur malæ fidei possessor, nisi ut Dominum rei indemnem & illæsum servet: atqui servaret illæsum restituendo cætera omnia, quæ habiturus fuisset, si numquam re suâ caruisset: inter hæc autem non sunt impensæ utiles, ut patet. Ergo, &c.

299. Confirmatur. Quia ipsæ leges statuunt, non debere aliquem cum alterius quantumvis malæ fidei possessoris jactura locupletari: ergo quando condemnant malæ fidei possessorem

ad

ad expensas utiles amittendas, sequitur has leges esse pœnales, adeoque ante Iudicis sententiam non obligare.

300. Confirmatur iterum. quia æquitas harum legum fundatur in culpa malæ fidei, unde & natum est axioma: quod quis ex sua culpa sentit, sentire non videtur. *Arnold. Rath. t. 151. n. 2.* nempe quia agnoscit, se talem pœnam promeritum esse: non tenetur autem in conscientia ipse sibi pœnam pro culpa infligere.

301. DICO 6. Bonæ fidei possessor potest deducere impensas voluptuarias tunc saltèm, quando vel Dominus ipse eas facturus fuisset, vel postea rem venalem habet, & ratione ædificii voluptuarii cariùs vendit. Patet ex dictis: alioquin locupletaretur Dominus cum alterius jactura. Idem in foro conscientiæ dico de possessore malæ fidei ante Iudicis sententiam.

302. DICO 7. Probabile est, etiam extra casus jam positos posse in foro conscientiæ bonæ fidei possessorem pro impensis voluptuariis aliquam saltèm portionem deducere juxtra spem lucri, quod probabiliter Dominus inde consecuturus est. Ità docet Lugo n. 63. Ratio est, quia reverâ quoad istam spem aliquid utilitatis consequitur Dominus, nempe utilitaté cariùs vendendi: ergo sicut ob hanc rationem potest bonæ fidei possessor deducere impensas utiles, etiam poterit hanc partem impensarum voluptuariarum. Hanc æquitatem etiam leges agnoscere videntur. Nam *L. utiles. ff. de hæredit. pet.* habetur, *ad picturam quoque marmorum & cæterarum rerum voluptuariarum impensas proficere doli mali exceptionem* (hoc est, posse repelli actorem nolentem permittere detractionem) *si modò bonæ fidei possessores simus.* Dixi *saltèm partem.* Nam ut Dominus rei totas restituere teneatur, prout volebat Molina d.725. non videtur æquitati consentaneum, ut notant Rebellus, Sanchez, & Lugo. Iniquum enim esset, inquit Lugo, cogere Dominum rei emere justo pretio, & consumere valorem fructuum in solvendis expensis factis ad recreationem, quas ille nunquam passus esset cum tanto dispendio rei propriæ familiaris.

303. DICENDUM 8. In deductionem expensarum computandum esse quidquid fructuum nomine possessor percepit etiam ante litis contestationem, adeoque tantò minùs esse deducendum, quantò plus fructuum percepit. Hoc enim æquitas suadet, ut fructuum perceptio fiat impensis fruentis, & colligunt Interpretes ex lege 48. ff. de R. V. ubi dicitur, sumptus exceptione doli oppositâ servari Iudicis æquitate, *si NB. fructuum ante litem contestatam perceptorum summam excedant.* Quod etiam habetur l. 65. eod. Itaque in his omnibus æquus Iudex æstimabit, & compensationem ex æquo, & bono faciet, nam ut apicem tangat, est humanitùs impossibile.

§. VIII.

Ad qualem restitutionem fructuum, aut rei consumptæ teneatur possessor dubiæ fidei.

304. DICO 1. Qui rem bonâ fide possedit, & deinde incipit dubitare, tenetur inquirere in veritatem rei, an res sit aliena necne: & ad hoc obligatur ex Iustitia à voluntate generali, & implicita, de qua in tr. 2. dictum est, quòd sit radix obligationum ex Iustitia ad quam reliquæ radices reducuntur. Ipso enim naturæ lumine agnoscimus expedire, ut unusquisque dubiæ fidei possessor obligetur inquirere ad tollendum dubium: ergo in illo universali consensu hominum in hoc quoque conventum, aut conveniendum fuisse censendum est.

305. DICO 2. Facto sufficienti examine, si adhuc dubium perseverat, nec illud morali diligentiâ tolli potest, possessor dubius ad nullam restitutionem tenetur, quamdiu manet dubius. Probatur ex regula nota, quòd melior sit conditio possidentis bonâ fide præcedente, & ideo suo loco dicemus, tale dubium superveniens non obesse præscriptioni.

306. DICO 3. Si ex culpa, etiam gravi, neglexit inquisitionem, nec potest postea ampliùs veritatem agnoscere, probabile est adhuc non teneri ad restitutionem instar illorum qui tenentur restituere debita incerta, de quibus agam tract. 5. Ità Rebellus, Bonac. Palao, Lugo. Probatur. Qui dubitat an aliquem læserit suâ injustâ actione, ad quam omittendam obligabatur, non tenetur stante dubio restituere: sed talis verè adhuc dubitat, an per illam omissionem inquisitionis reverâ aliquem læserit, hoc ipso quòd dubitet, an res ad alium pertineat: ergo non tenetur restituere. Aliud dicendum esset, si determinatè dubitaret, an res esset Petri; nam tunc Petrus determinatè læderetur omissione inquisitionis, ratione spei propinquæ, quòd fortè res esset sua.

307. DICO 4. Talis dubiæ fidei possessor potest rem possessam vendere, & utiliter alienare, monendo tamen emptorem de periculo evictionis. Ratio est: quia alioquin sæpè modicam utilitatem afferret possessio. Emptor autem nisi de periculo moneretur, fraudem pateretur, potest enim absterreri ab emptione cognito hoc periculo. Utrum autem, si postea Dominus compareat, sed non possit rem vindicare, quia non ampliùs exstat, teneatur ille dubiæ fidei possessor ad totum pretium refundendum, vel solùm quantùm locupletior factus est, utrumque probabile est, habétque pro se graves auctores apud Lugo à n. 90. Mihi posterius ferè probabilius est, ex eo fundamento: quia si ipse possessor rem illam absumpsisset, non teneretur nisi in quantùm locupletior factus esset: ergo

nec ad plus tenetur, quando per alios rem illam consumit.

308. DICO 5. Quando quis statim ab initio possessionis habet dubiam fidem, auctor tamen, à quo rem accepit, habuit bonam fidem, potest rem eodem modo tenere sicut ille qui à principio habuit bonam fidem. Probatur. Quia accipit rem cum omni Iure, quod habebat auctor. Atqui ille propter suam bonam fidem poterat retinere, etiamsi dubitare cæpisset, ut hactenus dictum est: ergo hoc Ius transfert in possessorem una cum reipsa.

309. DICO 6. Qui neutro modo rem cæpit possidere, hoc est, nec propriâ nec alienâ bonâ fide, sed emit, v. g. ab aliquo, de quo dubitat, an non rem furatus sit, debet adhibere diligentiam ad investigandam veritatem. Quodsi nihil appareat quo dubium tollatur, tunc si dubium versatur circa determinatam personam, tenetur illi pro ratione, & gravitate dubii proportionaliter restituere. Quodsi tantùm in genere dubitat, an res sit aliena, adhuc rem retinere potest, sed instar diligentis negotiorum gestoris, custodiendo fructus, eos percipiendo, procurando, &c. Quodsi denique omnis spes, & moralis possibilitas agnoscendi Dominum cesset, & tamen dubium perseveret (quod in praxi rarò continget, cùm plerúmque probabile argumentum haberi possit pro alterutra parte) tunc censet Lugo probabile ad nullam restitutionem teneri, quia nemo apparet, qui probet se esse læsum. Ità d. 18. n. 4. Ego censeo, esse obligationem restituendi pro quantitate dubii, sed non nisi eò modo quo infrà tr. 5. de rebus inventis, & debitis incertis philosophabimur.

CONTROVERSIA VI.

Quænam sint Iuris Remedia, seu Interdicta Possessionis adipiscendæ.

SUMMARIUM.

§. I.

Generalia de Interdictis præmittuntur.

310. REmedia pro possessione, sive, Judicia Possessoria vocantur in Iure *Interdicta* de quibus exstat in Institutionibus titulus 15. lib. 4. in Digestis liber 43. in Codice libri 8. titulus. 1. Interdictum ergo hoc sensu non est Censura Ecclesiastica, quæ ad Ius Civile nihil pertinet, sed est Prætoris decretum Corpori Iuris insertum; adeoque est sententia non perpetua, sed ad tempus inter litigantes de possessione, quasi *Interim dicta*, donec pleniore Iudicio terminetur causa Proprietatis in Iudicio Petitorio: quæ absorbet causam possessionis. Prudentissimè autem hæc Interdicta, seu actiones extraordinariæ sunt introductæ, ne scilicet, dum de proprietate lis, ut sæpè fieri solet, in longum protraheretur, ad vim, & arma partes devenirent, ut facilè poterat contingere ob utilitatem Possessionis. Aliqui JC. duplicem Etymologiam assignant, Grammaticalem, & Iuridicam. Grammaticalis est, juxta quam Interdictum dicitur ab *Interdi-*

terdicendo : unde inferunt, omnia interdicta esse aliquo modo prohibitoria, largè loquendo, nam, ut mox dicam, strictè loquendo Interdicta prohibitoria sunt unum membrum divisionis. Etymologiam Iuridicam volunt fuisse assignatam à Justiniano §. 1. in fine, nempe Interdictum dici ab eo, quòd inter duos dicatur. Hæc est inutilis lis de vocabulo.

Breviter, & quoad rem ipsam: quod in Iudicio Petitorio est *Sententia*, hoc in Iudicio Possessorio est Interdictum. Aliquando autem, & quidem conformiter titulo Ordinationis Cameræ *vox Mandatum* p. 2. tit. 23. emanant cum clausula justificatoria, hoc est reservatâ reo excipiendi, aut contradicendi facultate: v. g. *si per hoc mandatum te gravatum esse, & causas, quare parere non tenearis dignas, & relevantes habere existimas, hisce litteris citamus, ac vocamus.*

Dantur ergo Interdicta, maximè quando de Possessione contenditur, ut dicitur pr. J. h. t. Hinc nata est communis persuasio, Differentiam *Interdictorum* & *Actionum* in eo consistere, quòd Interdicta solam possessionem, Actiones verò Proprietatem solam concernant, & intendant: quam opinionem rejicit accuratè Arnold. Rath in thesibus nuper editis à n. 11. Nam imprimis Interdictum aliquando etiam simul de proprietate vel quasi datur. *L. 2. §. 2. ff. h. t.* [Quædam Interdicta rei persecutionem continent, veluti de Itinere actúque privato, nam proprietatis causam continet hoc Interdictum.] Econtra aliquando actio de possessione, & quidem solâ esse potest. *L. 2. ff. de condict. triticiaria.* [Sed & ei qui vi aliquem de fundo dejecit, posse fundum condici Sabinus scribit: sed ità si Dominus sit: qui dejectus condicat: cæterùm si non sit, possessionem eum condicere Celsus ait.] Ergo condictio incerti, seu triticiaria esse potest de sola possessione. Differentiam itaque magìs universalem citatus Auctor desumit ex diversitate ordinis, solennitatis, executionis, ac formulæ, prout olim observabantur: nam qui olim Interdictum postulabat, cum adversario suo Prætorem adibat, qui pro tribunali sedens causam decernebat, v. g. dicendo ad spoliatorem. *Unde tu illum vi dejecisti, eò restituas.* At verò in Actione Incerti, seu Triticiaria privatum Iudicem Prætor constituebat, dicendo, v. g. *Cajus Iudex esto.* Qui perinde ut in causa proprietatis processu Iudiciali accuratè servato litem de possessione dirimere debebat. Ità quidem olim. Sed hodie quoad ordinem, formam, & processum Interdicta (inquit post alios idem A.) ampliùs non differunt à reliquis actionibus, sublato antiquo dandorum Iudicum privatorum, seu pedaneorum more, & ipso Magistratu hodie ex necessitate sui officii causas definiente, adeoque cui olim dabatur Interdictum, ei competit hodie actio utilis, seu extraordinaria *in factum* ad possessionem acquirendam, retinendam, recuperandam. *L. 4. C. Unde vi. Si de possessione vi dejectus es, eum & lege Juliâ vis privatæ reum postulare, & ad instar Interdicti*, unde vi *convenire potes.* & ideo Rubrica dicit: *de Interdictis, sive extraordinariis actionibus, quæ pro iis competunt.* Unde etiam lege fin. C. h. t. sic habetur. [Si quis quodlibet Interdictum efflagitet, ruptis veteribus ambagibus, inter ipsa cognitionum auspicia actionem exprimere, ac suas allegationes jubeatur proponere.]

Disputant autem Interpretes, quales sint hæ actiones utiles in locum Interdictorum substitutæ. aliqui volunt esse reales, alii personales. VVilhelmus Ludwel distinguit hoc modo. aliquæ enim descendunt ex conventione, ut interdictum de precario, aliquæ ex delicto, ut Interdictum *Unde vi*: *quod vi aut clàm* & quædam ex Iure quodam reali, saltèm quasi dominii, ut Interdictum de Itinere, actúque privato: de liberis exhibendis, &c. Primi & secundi generis actiones personales, tertii generis reales esse vult, & contra quemcunque possessorem dari. De his iterum paulò pòst n. 319.

311. Dividuntur hæc Interdicta dupliciter. 1. In Exhibitoria, Prohibitoria, Restitutoria. Exhibitoria sunt tria. 1. De libero homine exhibendo 2. De libertis exhibendis. 3. De liberis exhibendis & deducendis. Prohibitoria sunt quatuor. 1. Ne vis fiat ei, qui in possessionem bonorum debitoris à Iudice missus est. 2. De mortuo inferendo. 3. Ne quid in loco sacro ædificetur. 4. Ne quid in flumine publico, ripave immittatur. Restitutoria ex seqq. constabunt. De prima specie exhibitoriorum exstat titulus. *ff. de hom. lib. exhibendo.* ubi l. 1. Prætor ait. *Quem liberum dolo malo retines, exhibeas.* De secunda specie est. *L. 2. §. 2. ff. de operis libert. Init o igitur Prætor pollicetur, se Iudicium operarum daturum in libertos & libertas.* Hoc Interdictum ex comuni Interpretum competit ob paritatem rationis cuilibet utiliter, qui habet Ius reale in personam, ut Domino in Vasallum, Abbati in Monachum, tutori in pupillum. De tertia specie exstat tit. *ff. de lib. exhib.* quod etiam utiliter datur marito adversus patrem detinentem filiam nuptam, fortè quòd ab eo aliquatenus duriusculè habita. *L. 2. ff. h. t. Imò magìs de uxore exhibenda ac ducenda pater, etiam qui filiam in potestate habet, à marito rectè convenitur.* Non tamen, si nimia esset mariti sævities.

De Prohibitoriis exstat *L. 1. ff. ne vis fiat ei qui in possess. miss.* ait Prætor. [Si quis dolo malo fecerit, quò minùs quis permissu meo, ejusve cujus ea Iurisdictio fuit, in possessione bonorum sit, in eum factum Iudicium quanti ea res fuerit, ob quam in possessionem missus erit.] Item §. 1. J. h. t. ubi recensentur prohibitoria, hoc est, prohibentia [vim fieri sine vitio possidenti, vel mortuum inferenti quò ei Ius erat inferendi, vel in loco sacro ædificari, vel in flumine publico ripâve aliquid fieri quò pejus navigetur.

312. Di-

312. Dividuntur 2. & quidem celebriùs ac utiliùs in Interdicta Adipiscendæ, Retinendæ, Recuperandæ possessionis. Adipiscendæ possessionis sunt tria. 1. vocatur: *Quorum bonorum*, ejúsque actio competit hæredi, qui necdum bona hæreditatis possedit, ut possessionem acquirat contra illos qui temerè hæreditatem defuncti occupârunt: nam si nemo occupâsset, posset propriâ auctoritate possidere, quamvis deceat officium Iudicis adhiberi.

313. Secundum est Interdictum: *Quod legatorum* competens hæredi contra legatarium, qui rem sibi legatam propriâ auctoritate occupavit. Æquissimum enim Prætori visum est, neminem sibi ipsi Ius dicere, sed ab hærede petere legatum. Itaque hac actione petit hæres, ut legatarius restituat possessionem in hunc finem, ut hæres possit detrahere Falcidiam, de qua agemus in tr. 1. de Testamentis, tom. 2.

314. Tertium est Interdictum Salvianum, quo succurritur Domino fundi contra colonum, & conductorem ad acquirendam possessionem earum rerum, quæ in fundum locatum colonus intulerat, & eo ipso tacitè obligata erant Domino pro pensione fundi.

315. Retinendæ, seu conservandæ Possessionis duo sunt Interdicta. 1. *Vti possidetis*. Et datur pro retinenda possessione rerum immobilium sine vitio possessorum, hoc est, nec vi, nec clàm, nec precariò, contra eum qui possessionem audet inquietare. Quodsi dubium sit, quis tempore litis possideat, tunc ille tuendus est in possessione hoc Interdicto, quem verisimilius est possidere. Secundum vocatur Interdictum *utrobi*. & datur pro bonis mobilibus, éstque in cæteris priori simile.

316. Recuperandæ possessionis remedia duo exstant in Iure Civili, & duo in Iure Canonico. Iuris Civilis primum est: *Vnde vi*. Quod conceditur primò ei, qui vi ex loco, & possessione dejectus est, contra violentum possessorem, ut à possessione expellatur, restituat omnes fructus, & damna subsecuta, amittat rem illam si erat sua, vel si non erat, æstimationem, sive expulsus justè sive injustè possederit. Secundò datur adversus eum, qui volentem ingredi possessionem impedit, nisi prohibens justam causam habuerit. Tertiò contra illum, qui alterius nomine possidens non vult petenti restituere possessionem. 4. Contra eum qui ingreditur ad possidendam rem aliquam vacantem, ità ut nec civiliter possideatur, quam tamen sciat ad alium pertinere, quicunque ille sit, ut teneatur tradere rem illam ei ad quem pertinet, cum omnibus fructibus, & damnis subsecutis, & universim omnia ea præstet, ad quæ teneretur, si vi possessionem illam occupâsset.

Secundum Interdictum ex Iure Civili est: *de Precario*. Contra eum, qui precariò habet rem, & eam suo tempore non restituit.

317. Juris Canonici primum remedium habetur c. *Redintegrandæ* 3. *q.* 1. quod dicunt Juristæ esse plenissimum & utilissimum, concurrens cum omnibus, datúrque non solùm pro rebus mobilibus sed etiam immobilibus, non solùm Clericorum, sed etiam Laicorum, & convenit omni qui sine justa causa cecidit à possessione ad alium derivata, seu bonâ seu malâ fide, sive scienter, sive ignoranter, sive cum vitio, sive sine vitio, sive cum titulo, sive sine titulo. Alii tamen volunt, non esse pinguius Interdicto *Vnde Vi*.

318. Secundum habetur c. *sæpe*. 18. *de Restit. spoliat.* & datur contra recipientem scienter rem invasam à spoliatore, quam tenetur restituere, cùm Iure civili tantùm spoliator teneretur. Hæc nunc in compendio, & rudis delineationis instar, postea pluribus agetur.

319. De Interdictis Justinianus in Inst. §. ult. sic concludit titulum. [De ordine & vetere exitu Interdictorum supervacuum est hodie dicere. Nam quoties extra ordinem Ius dicitur (qualia sunt hodie omnia Iudicia) non est necesse reddi interdictum. sed perinde judicatur sine interdictis acsi utilis actio ex causa Interdicta reddita fuisset.] Hujus §. occasione lis orta est inter Iuristas, an hodiéque sit Interdictorum usus. Et contra Mindanum est communis sententia, ea non esse in usu quoad solennitatem apud antiquos observatam, benè tamen quoad actiones. Hæc est lis parùm utilitatis practicæ continens, sed historiam desiderans, quam ex Balduino refert Mynsingerus in d. §. & ego suprà retuli n. 311. agens de differentia actionum ab Interdictis, & nunc breviter repeto. Ordo igitur Interdictorum fuit, ut Prætores adirentur, ut interdicta litigaturis redderent sub certa & solenni verborum formula, summatim causâ cognitâ, & dabant Recuperatores apud quos litigaretur. Postea verò, ne semper à mero Iudicis officio (quale fuit Prætoris) penderemus, Interdictorum loco introductæ sunt actiones *in factum*, quæ sunt valde generales (de quibus videatur glossa hîc) quibus rectâ viâ apud Iudicem competentem (prætermisso Prætore) uteremur. Itaque hodie statim instituitur actio *in factum*, (omissâ imploratione Prætoris pro Interdicto) ad quam rectè instituendam non minùs hodie est necessaria Interdictorum notitia quàm olim. De quibus nunc in specie dicamus.

§. II.

De Interdicto Quorum bonorum. ff. h. t.

AIt Prætor. *Quorum bonorum ex edicto meo illi possessio data est, quod de his bonis pro hærede aut pro possessore possides, possideresve, si nihil usucaptum esset, quod quidem dolo malo fecisti, uti desineres possidere, id illi restituas.* Pro hujus Interdicti plenâ intelligentia,

320. No-

320. Notandum 1. Aliquos succedere defunctis Iure Civili, alios Iure Prætorio. qui Iure Civili succedunt, dicuntur *Hæredes*, qui verò Iure Prætorio, dicuntur *Bonorum possessores*. de quibus est titulus. 10. Instit. lib. 3.

321. Notandum 2. Aliquando contingere, ut bona hæreditaria ab alio possideantur, ut proinde ille qui jus succedendi habet, non possit propriâ auctoritate possessionem adipisci: quo casu datur quidem remedium civile, & actio quæ vocatur *Petitio hæreditatis* §. 28. *Inst. de Act.* Verùm quia in Iudicio petitorio res hæreditariæ non ità citò & facilè obtinentur, ideo Prætor introduxit Interdictum *Quorum bonorum*, & remedium possessorium, ad possessionem earum tantò citiùs consequendam. Nam actio per hoc interdictum concessa, non requirit tam exactam probationem sicut Petitio hæreditatis, sed sufficit probatio summaria.

322. QUÆRITUR 1. Quibusnam hoc Interdicto succurratur. ℟. Non solùm succurritur illi qui *Bonorum possessor* dicitur, sed etiam cuivis hæredi, sive ex testamento, sive ab intestato. Nam hodie Iure Novellarum plerique illi, qui de Iure prætorio ad bonorum possessionem admittebantur, legitimi hæredes existunt: & præterea ante Novellas promulgatas ex hoc Interdicto concedebatur cuivis hæredi legitimo utilis saltèm actio. Neque enim conveniebat, Prætorem à suo beneficio excludere legitimos hæredes (hoc est à Iure vocatos) quorum eadem, imò major esset ratio habenda quàm eorum, quos Prætor ad possessionem bonorum hæreditariorum vocabat. Colligitur etiam satis clarè ex l. 1. C. h. t. ibi. *Interdicto* Quorum bonorum *non aliter possessor constitui poteris; quàm si te defuncti filium esse, & ad hæreditatem vel bonorum possessionem admissum probaveris.* Dixi: dari etiam illis qui ex testamento hæredes sunt, quod quidem aliqui Iuristæ negant, (quos secutus est VVesenbecius Consil. 6. & 81.) ducti eâ ratione, quòd in pluribus legibus tantùm fiat mentio illius qui succedit ab intestato. Ad hoc tamen respondetur, hoc frequentissimum esse, quòd Imperatores in suis Rescriptis se accommodent casui proposito. Neque etiam obstat, quòd hæredes scripti alio remedio muniti sint in l. fin. *C. de edicto D. Hadriani tollendo.* Ad hoc enim benè respondet Bartolus & ex eo Hunnius, sæpè utilius esse remedio hoc experiri, cùm scilicet testamentum aliquam habet cancellationem vel aliud vitium.

323. QUÆRITUR 2. An hoc Interdictum detur etiam hæredi non ex asse, sed in certam quotam, v. g. trientem instituto. ℟. Affirmativè. Nam talis etiam succedit titulo universali. *l. 13. C. de hæredib. inst.* ubi expressè dicitur, tales posse omnibus actionibus hæreditariis uti. ibi. *eos tantummodo omnibus hæreditariis actionibus uti vel conveniri decernimus, qui ex certa parte vel sine parte scripti fuerint.* Deinde etiam inde colligitur, quòd Remedium *legis ult. C. de edic. Adr. tol.* etiam concedatur hæredi in certa quota instituto: ergo & Interdictum *Quorum bonorum.*

324. QUÆRITUR 3. An hoc Interdictum competat liberis legitimatis. ℟. Competere illis, qui vi legitimationis possunt vel ex testamento vel ab intestato succedere. quinam autem illi sint, dicetur suo loco, tract. seq.

325. QUÆRITUR 4. An hujus Interdicti executio possit impediri, si possessor exceptionem dominii opponat? ℟. Cum Menochio distinguendo. Si enim dominium statim & in continenti probari non possit, v. g. quia essent audiendi testes, essent discutienda documenta & instrumenta probationis, tunc non impeditur executio per talem exceptionem, quia cùm hoc Judicium sit summarium, non admittit exceptionem altioris indaginis. *l. si is à quo. ff. ut in possessionem legatorum &c.* si verò possit exceptio in continenti probari, impedietur executio: quia solæ frustrationes sunt amputandæ l. fin. C. h. t. atqui probatio in continenti non est frustratio.

326. QUÆRITUR 5. Quandoquidem in Interdicto tantùm fiat mentio Possessoris qui possidet pro *hærede vel possessore*; an non detur contra possessores ex titulo alio, v. g. *pro emptore.* Arnoldus Raht. n. 43. negat absolutè. Alii tamen existimant dari actionem utilem, sicut etiam datur utilis petitio hæreditatis contra habentem titulum. l. 13. §. 10. ff. de pet. hæred. ibi. *si mulier hæreditatem in dotem dedit, maritum pro dote quidem possidere hæreditatem, sed petitione hæreditatis utili teneri. mulierem verò directè teneri.* Quod tamen procedere solùm volunt DD. quando titulus iste acquisitus est post mortem ejus de cujus hæreditate agitur.

327. QUÆRITUR 6. An hoc Interdictum detur contra solum actualem possessorem. Menochius n. 66. existimat, directum dari contra solum actualem possessorem; contra eum verò qui dolo desiit possidere, non dari directum sed utile tantùm. Verùm non apparet, in quo sensu Iuridico hoc dixerit Menochius, nam verba Interdicti expressè mentionem faciunt illius, qui dolo desiit possidere: omnis autem illa actio est & dicitur directa, quæ verbis legis continetur: econtra utilis illa dicitur, quæ nec ex verbis legis expressis, nec manifesta ejus sententia, sed legali quadam interpretatione de casu simili ad similem propter rationis similitudinem producitur, ut tradit Brederodius & alii. Unde omnes alii dicunt dari Directam actionem ex hoc Interdicto contra dolo desinentem possidere.

328. QUÆRITUR 7. Utrum hoc Interdicto consequatur quis etiam illorum possessionem, quæ alter pro hærede possidendo jam usuce-

usucepit. Rationem dubitandi suggerunt verba ipsius Interdicti: *Possideréve si nihil usucaptum esset.* quæ verba ait Menochius duplicem habere sensum: primò enim possunt referri ad personam primi possessoris, quàm Prætor alloquitur, quasi sensus sit: *si nihil à te usucaptum esset.* secundò referri possunt ad alium tertium, quasi sensus sit: *Si nihil usucaptum sit ab eo, cui rem alienâsti.* Menochius itaque resolvit, eum qui hoc Interdicto convenitur, reverà potuisse usucapere, & si usuceperit, posse se exceptione doli tueri. Donellus convenit cum Menochio, quòd possidens *pro hærede* potuerit usucapere, si justam habuit causam existimandi se hæredem esse (nam alioquin titulus *pro hærede* non sufficit ad usucapiendum. *L. fin. C. de usucap. pro hærede libero.*) Sed tamen negat, posse se exceptione doli tueri, adeoque vult posse efficaciter conveniri Interdicto.

Verùm hæc omnia divinatoriè potiùs, quàm Iuris auctoritate dicuntur. Nam dictâ lege finali clarè improbatur titulus *pro hærede.* ibi. *Nec obtentu, velut ex hæreditate esset, quod alienum fuit, Domini intentio ullo temporis longi spatio absumitur.* Itaque dicendum est verba edicti intelligenda esse in secundo sensu à Menochio relato. Quapropter vi hujus Interdicti non ille convenitur, qui usucepit, sed cujus dolo factum est, ut alius usucaperet, ac proinde tenetur pro re usucapta satisfacere agenti ex Interdicto.

329. QUÆRITUR 7. An hoc Interdictum detur etiam contra eum, qui non totam hæreditatem, sed aliquas res determinatas, & singulares, pertinentes ad hæreditatem possidet. Rationem dubitandi faciunt verba Vlpiani quæ subjicit ipsi interdicto, dum ait: *Hoc Interdictum restitutorium est, & NB. ad universitatem bonorum, non ad singulas res pertinet.* His non obstantibus ℞. Affirmativè. Ratio est. Quia, ut certi Iuris est, pro quibuscunque rebus corporalibus competit *Petitio hæreditatis*, pro iisdem quoque datur Interdictum, *Quorum bonorum. L. fin. C. de edicto D. Hadr. toll.* quæ suo loco referetur. Atqui etiam pro singularibus, & pro re vnica competit petitio hæreditatis. *l. 9. & 10. ff. de hæred. pet.* [Regulariter definiendum est, eum demum teneri petitione hæreditatis, qui, vel Ius pro hærede, vel pro possessore possidet, vel rem hæreditariam, licèt minimam.] Ergo, &c. Itaque verba Vlpiani referenda sunt ad personam agentis: nam res singulæ petuntur etiam universali judicio; licèt enim res, quæ petuntur, singulares sint, causa tamen petendi universalis est, nempe causa hæreditatis.

330. QUÆRITUR 8. An hoc Interdicto etiam petantur Iura Incorporalia, & debita hæreditaria? ℞. Directâ actione hæc non posse peti, & hoc ad minimùm habetur l. 2. ff. h. t. *Interdicto quorum bonorum debitores hæreditarii non tenentur, sed tantùm Corporum possessores.* Utilem tamen actionem concedi putat Petrus Friderus *tract. de Interdictis*, ex eo fundamento, quòd de his detur Petitio hæreditatis, ut patet ex lege. 9. paulò antè recitata. Atqui petitio hæreditatis, & Interdictum: *Quorum bonorum*, pari passu procedunt. Ad hoc tamen responderi potest, procedere pari passu quoad coporalia, non quoad incorporalia, quæ expressè excipiuntur: & quia Possessio non est nisi Corporalium: *hæreditas* autem est nomen Iuris, non corporis. *L. hæreditas: ff. de pet. hær: Hæreditas etiam sine ullo corpore Iuris intellectum habet.*

Advertendum denique est cum Maranta tr. de ord. Iudiciorum p. 4. dist. 7. n. 6. & Arnoldo Rath n. 53. hoc Interdictum non competere illi, qui rerum hæreditariarum possessionem semel nactus, eandem postea amisit: jam enim per aditionem hæreditatis desierunt esse res hæreditariæ: quare non habet ampliùs locum remedium adipiscendæ possessionis, sed recurrendum est ad remedium recuperandæ possessionis, (de quo paulò pòst) vel ad rei vindicationem.

Et hæc de primo Remedio adipiscendæ hæreditatis, ad quod ob magnam affinitatem reduci potest Remedium quod constituit Justinianus Imperator in *L. fin. C. de Edicto D. Hadriani tollendo*, cujus jam semel iterúmque mentionem fecimus.

331. Constituerat enim Adrianus Imp. ut hæres testamento scriptus, desiderans in possessionem hæreditariam mitti, non nisi intra annum mittatur, & quidem in earum rerum possessionem, quas testator tempore mortis habuit, non autem legitimo modo ab alio detinentur. Hoc abrogato quoad temporis restrictionem, constituit Justinianus, ut hæres institutus possit à Iudice competente quandocunque mitti in possessionem earum rerum, quæ tempore mortis testatoris fuerunt, postquam Iudici obtulit, & exhibuit testamentum non cancellatum, aut imperfectum, sed solemne, quódque in exteriore figura, specie, & inscriptione videatur Iure factum, integrum, nón vitiatum, quódque publicè fuerit exhibitum in originali. Canonistæ docent, hoc beneficium competere in causa beneficiali clerico, quando de corporali possessione beneficii agitur: postquam enim in Clericum collata est verbalis possessio beneficii, tunc ut naturalem quoque possessionem cum effectu consequatur, implorare potest Officium Iudicis Ecclesiastici, exhibendo Bullas collati beneficii, in quibus Iudex observabit ea, quæ cum proportione sunt Iudici Laico inspicienda in exhibito testamento, ut dictum est.

Competit hoc remedium hæredi scripto (adeoque non ab intestato, aut substituto) sive ex asse, sive ex parte. Corvinus vult, hoc remedium esse perpetuum, & in hoc differre à Remedio Interd. *Quorum bonorum.* Econtra Menochius vult etiam Interd. *Quorum bonorum* esse perpe-

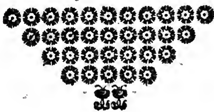
perpetuum, sed non nisi quibusdam auctotibus adductis, nullo autem Iuris textu probat.

Per hanc missionem in possessionem non fit præjudicium illis, qui hæredi scripto controversiam movent, v. g. quòd testamentum alio occulto vitio laboret, quòd sit falsum, inofficiosum, &c. nam de his postea coram competente Iudice disceptatur.

332. Quæres, quid opus sit hoc Interdicto, cùm sufficiat Hæreditatis petitio. Respondet Arn. Rath n. 49. utiliatem hujus Interdicti specialem in eo consistere, quòd in hoc Interdicto non admittantur exceptiones altioris indaginis, ne earum prætextu restitutio diutiùs differatur. Quamvis itaque (inquit cit. A.) in petitione hæreditatis possessor quæstionem dominii rectè objiciat, ea tamen exceptio in hoc interdicto ad vitandas ambages regulariter non admittitur, sed ad petitorium Iudicium reservatur, nisi possessor posset in continenti, & absque frustratione dominium probare.

Non potest hæc in possessionem missio per appellationem impediri, quoniam appellatio non recipitur. *l. 6. C. quorum appell. non recipiuntur.* [Quisquis, ne voluntas defuncti testamento scripta, vel ne hi quos sctiptos patuerit hæredes, in possessionem mittantur, ausus fuerit provocare, interpositámque appellationem is cujus de ea re notio erit, recipiendam esse crediderit, viginti librarum argenti multâ, & litigatorem, qui tam importunè appellaverit, & judicem, qui tam ignavam convenientiam adhibuerit, involvat.] Aliqui tamen volunt appellationem recipiendam esse, non quidem quoad effectum suspensivum, sed devolutivum, ut cognitio, an in prima instantia possessorii benè judicatum sit, ad superiorem Iudicem devolvatur: interim sententia executioni mandetur. De Iure Canonico etiam quoad effectum suspensivum admitti appellationem, colligunt aliqui ex *cap. de appellat. extra de appellat. c. cùm ad sedem. de restit. spoliat.* sed de hoc in tract. de Iudiciis videndum erit.

Idem Corvinus vult, missionem hanc dari non solùm in bona defuncti propria, sed etiam in omnia ab eo detenta, ut commodata, deposita, pignorata, cùm, & hæc veniant in hæreditatis petitionem. *L. & non tantùm* alibi referendâ. *ff. de petit. hæredit.* Plura, quæ huc non pertinent, videri possunt apud Interpretes, & in illis locorum consuetudo attendenda.



§. III.

De Interdicto. Quod Legatorum. *seu* quorum Legatorum. *De quo est tit. in D. & C.*

333. Ut hujus Interdicti utilitas intelligatur, quædam prænotanda sunt.

Notandum itaque 1. Legatarios fieri Dominos Legatorum statim à morte testatoris, vel defuncti legantis. Unde si indubitatè constaret, nihil interesse hæredis (qui est obligatus solvere legata) quò minùs legatarii statim apprehendant legata, illa apprehendendo Iure suo utentur; & si hæres vellet illis litem movere, posset exceptione doli repelli. Neque in tali casu reprehensibilis esset, quasi ipse sibi Ius diceret, Hoc enim tunc solùm fit, quando res est controversa, non autem quando extra controversiam res ad aliquem pertinet. Domino enim certo, & nemine contradicente, licet propriâ auctoritate possessionem capere, & sine injuria prohiberi non posset.

Notandum 2. Hæredi competere Ius Falcidiæ, hoc est lege Falcidiâ cautum esse, ne Paganus (secùs est de milite) plus legare posset bonorum suorum (detractis debitis & funeris expensis) quàm dodrantem: quare si legata tam enormia essent, ut detractis debitis, & funeris expensis, non remaneret hæredi quarta pars, si legata integrè solvenda essent, ex legatis potest hæres detrahere quartam partem, quæ Falcidia dicitur, & explicabitur accuratè Tract. 7.

334. Notandum 3. Quandoque aliqua disjunctivè, seu alternativè legari, & tunc dubium esse inter DD. penes quem sit electio, an penes hæredem an penes legatarium. His positis

Apparet statim utilitas Remedii *Quod Legatorum.* Cùm enim possit interesse hæredis, legata à se detineri & non à legatario, erat necesse, ut in casu, quo legatarius rem legatam propriâ auctoritate occupâsset, hæres aliquo Iuris Remedio possessionem adipisci posset. Utrum autem hæres possit Falicidiam consequi Rei vindicatione, Iure novo Justinianeo, ut putat Vulteius Jur. prud. Rom. vol. 2. c. 21. litt. d, non pertinet ad hunc locum.

335. QUÆRITUR 1. An locus sit Interdicto, si legatarius rem detineat ex voluntate hæredis. Distinguunt Interpretes, vel enim dedit consensum ante aditam vel agnitam hæreditatem, vel post agnitam: si prius: adhuc illi dabitur: quia non quâ hæres, sed quâ extraneus consensum dedit. Si secundum, non dabitur. *Textus apertus in §. 2. ibi. Non ex voluntate hæredis occupavit.*

336. QUÆRITUR 2. An soli hæredi immediato detur. ℞. [Hoc Interdictum & hæredem hæredis, bonorúmque possessoris habere

bere propter utilitatem hujus dicendum est, nec non cæteros quoque successores.] §. 3. unde infertur, quòd etiam successoribus singularibus detur, si illorum intersit.

337. QUÆRITUR 3. An hoc Interdictum detur etiam contra Fideicommissarium. Quod detur contra Fideicommissarium singularem, deducitur efficaciter ex eo, quòd fideicommissum singulare, & legatum, exæquata sint quoad quartæ partis detractionem §. 2. *Inst. de legat.* adeoque Falcidia non solùm ex legatis, sed etiam Fideicommissis singularibus detrahatur.

338. Quòd etiam detur contra Fideicommissarium universalem ex hoc Interdicto Actio in factum directa (nam de utili non videtur negandum) affirmant Menochius plures citans, & novissimè Corvinus in hunc tit. C. sicut in aliis ità in hoc sequens Menochium. Mihi verò negandum omnino videtur cum Hunnio, & Antonio Perez. Ratio est. Quia Interdictum in specie de Legatis tantùm conceptum est: ergo non potest ulteriùs quoad fideicommissa extendi, nisi in quantùm legata sunt fideicommissis æquiparata. Atqui non sunt æquiparata fideicommissis universalibus sed tantùm singularibus: nam de fideicommissis universalibus non Falcidia sed Trebellianica detrahitur. Ergo, &c.

339. Objiciunt pro se legem unicam C. *Quorum legat.* ubi sic loquitur Imp. [Hæredi scripto satis idoneè lege Falcidiâ, si exhausta legatis successio probetur, per quartæ retentionem prospectum est. Unde si Legatarius, vel Fideicommissarius non consentiente patre tuo, quem asseveras testatori successisse, & bonorum possessionem accepisse, relicta sibi legata, vel fideicommissa detinuit, secundùm sententiam interdicti, quod adversus legatarios scriptis hæredibus propositum est, oblata satisdatione, quam præstari oportet, in possessionem te constitui, &c.] Verùm ex ipsis verbis constat sermonem esse de Fideicommissario singulari, cùm expressè mentio fiat Falcidiæ detrahendæ, quæ, ut dixi, non detrahitur à fideicommisso universali.

Dices. In Iure quandoque Falcidia cum Trebellianica confunditur. Ità est; sed omnes fatentur id fieri in sensu improprio. non est autem dicendum, quòd in dicta lege Imperator impropriè locutus sit.

340. QUÆRITUR 4. An detur contra eum, qui ex voluntate defuncti rem legatam jam possederat tempore mortis. Negat cum pluribus Menochius. Sed affirmandum omnino videtur ob textum clarum *legis 26. ff. ad leg. Falc. Lineam margaritorum triginta quinque legavit: quæ linea apud legatariarum fuerat mortis tempore: quæro an ea linea hæredi restitui deberet propter legem Falcidiam?* (id est detrahendam) *respondit, posse hæredem consequi, ut ei restituatur.* Quòd autem adversarii dicunt, esse sermonem de legatario retinente contra voluntatem defuncti, est divinatio: rationabiliùs oppositum præsumitur, eò quòd non fuisset legatarius si ipso invito detinuisset. Ratio autem est, quia causa Interdicti etiam hîc locum habet, nempe quia interest hæredis, ut supponitur.

341. QUÆRITUR 5. An detur contra eum qui detinet aliquid donatum mortis causâ. Ad hoc respondet Vlpianus in l. 1. §. 5. *Si quis ex mortis causa donatione possideat, utique cessabit interdictum; quia portio legis Falcidiæ apud hæredem ipso jure remanet, etsi corporaliter res in solidum translatæ sint.* Itaque Falcidia etiam à donatione mortis causâ detrahitur, ut patet ex *lege 2. C. de mort. ca. don.* quia verò res donata ab ipso donatore translata est in donatarium, & donatarius mortis causâ non debet donatam rem ab hærede accipere, sicut legatarius legatum, ideo ex hoc Interdicto non convenitur ille donatarius, sed supplementum Falcidiæ alio modo vindicatur. Utilis tamen actio ex hoc etiam Interdicto datur ex Sententia Cujacii, Perez & Corvini, si donatarius rem donatam primùm post mortem donatoris, invito hærede occupâsset.

342. QUÆRITUR 6. Si plures hæredes simul instituti sint, uni autem eorum aliquid prælegatum sit, isque illud præceperit, an contra illum locus sit huic Interdicto. ℞. Esse locum contra eum non quâ parte hæres est, sed quoad id quod jure legati habet. §. 6. *legis. 1. ff. h. t. Qui vero ex causa præceptionis, utique tenetur hoc Interdicto, sed pro ea scilicet parte, quam jure legati habet, non etiam pro ea quam quasi hæres habet.*

QUÆRITUR 7. An Legatarius hoc Interdicto conventus perdat Ius legati. Ratio dubitandi est, quia ex regula generali jus suum perdit, qui quod sibi deberi putat, non per Iudicem reposcit. ℞. Tamen negativè. Imò habet jus exigendi ab hærede cautionem de legatis restituendis (detractis detrahendis) l. fin. §. 1. ff. h, t. *Quod ait Prætor.* Si per bonorum possessorem non stat, ut satis detur: *sic accipimus, si paratus sit satisdare: non ergo offerre debet satisdationem, sed petenti satis moram non facere.*

Objici tamen posset lex 5. C. de legatis. ubi dicitur Legatarius actione legati privari. *Non est dubium, denegari actionem legatorum ei pro portione competenti, in his rebus, quas subtraxisse eum de hæreditate apparuerit.* ℞. Hanc legem cum priore conciliandam esse hoc modo, quòd prior loquatur de occupatione legati ante aditam hæreditatem & rem legatam apprehensam, posterior verò de subtractione post aditam hæreditatem & rem legatam ab hærede apprehensam: nam hoc casu spoliat hæredem suâ possessione.



§. IV.

§. IV.

De Salviano Interdicto.

SUprà §. 1. dictum est, hoc Interdictum dari locatori contra colonum aut conductorem, ad possessionem rerum pignori obligatarum adipiscendam, quas colonus in fundum induxit, & pro mercede pignori futuras pepigit. ut colligitur ex. *l. 1. ff.* h. t. quæ sic habet. *Si Colonus ancillam in fundo pignoris nomine duxerit, & eam vendiderit: quod apud emptorem ex ea natum est, ejus apprehendendi gratiâ utile interdictum reddi oportet.*

343. QUÆRITUR 1. An hoc Interdictum detur non solùm contra conductorem prædii rustici, qui Colonus dicitur, sed etiam contra conductorem prædii urbani, qui Inquilinus dicitur. Est autem inter horum bona prædiis illata hæc differentia, ex valde recepta Juristarum sententia, contradicente Hunnio vol. 2. d. 25. th. 2. q. 32. quòd bona Coloni non sint oppignorata locatori, nisi expressa conventio & contractus intervenerit, bona verò Inquilini sint per solam illationem tacitè oppignorata. de quo videbimus in tract. decimo. Quòd detur contra Colonum, est indubitatum, & patet ex toto titulo & textu. Non dari contra Inquilinum tenet Cynus *in L. certi juris. §. ult. C. locati.* cui adstipulatur Zoesius. *in Digest. titulum de Sal. Inter.* & quidem ex hoc Interdicto directè solum Colonum conveniri posse mihi facilè persuadeo, quia in textu plus non continetur, cùm semper fiat mentio expressæ conventionis, & de prædio rustico sermo sit. Quin tamen detur etiam utile Interdictum contra Inquilinum, nihil planè obstat, & ità tenet Menochius & Hunnius. Ratio est, quia mens & intentio Interdicti etiam locum habet in Inquilino, cujus bona (ut nunc supponitur in quæstione) sunt tacitè oppignorata.

344. QUÆRITUR 2. An hoc Interdictum detur etiam adversus alium possessorem rerum oppignoratarum, si à conductore habet causam & titulum possidendi. Aliqui contra alios possessores tantùm utile concedunt, ut Menochius, VVesenbecius & Zæsius. Alii nec utile nec directum volunt concedere, sed contra alios possessores remittunt locatorem ad actionem Servianam (de qua alibi dicetur, quæ non est ità expedita sicut Salvianum, ut advertit Zoesius) Ità sentit Hotomannus, fundans se in lege 1. *C. de precario.* Alii denique concedunt etiam Directum. & fundant se in lege 1. §. 1. *h. tit.* ubi Iurisconsultus Iulianus nominatim & expressè dat Interdictum Salvianum adversus extraneos possessores. Quodsi tantùm utile intellexisset, id utique adjecisset, sicut priùs fecerat, dicens: *Quod apud emptorem ex ea* (ancillâ oppignoratâ & venditâ) *natum est, ejus apprehendendi gratiâ utile Interdictum reddi oportet.* Post hæc subjungit alium casum, & dicit. *Si colonus res in fundum duorum pignoris nomine intulerit, singuli adversus extraneum Salviano interdicto rectè experiuntur.* Huic sententiæ videtur multùm negotii facessere lex. 1. *C. de precario*, ubi dicitur hoc Interdictum tantummodo adversus colonum, debitorémve competere. Neque ullo modo mihi satisfacit Responsio Zæsii & aliorum, quòd illis verbis: [*integrum tibi jus est ea* (id est oppignorata & vendita à debitore) *persequi, non Interdicto Salviano* (*id enim tantummodo adversus conductorem, debitorémve competit*) *sed Servianâ actione*] quòd inquam his verbis tantùm directum Interdictum negetur. hoc sanè est contra stylum legum. Si enim hoc voluisset Imperator, non debuisset uti particulâ exclusivâ *Tantùm*, & remittere ad Servianam actionem; quod mihi certissimum est. Donellus respondet, textum esse corruptum, & esse legendum: *adversus conductoris rem debitorisve.* Sed hanc corruptionem quomodo probat? Posset quis tentare aliam viam conciliandi, & dicecere, quòd Imperator velit, Interdictum Salvianum non dari adversus conductorem nisi respectivè ad ea bona quæ non sunt validè alienata; adeoque adversus extraneum possessorem non quemcunque, sed eum solùm, qui non comparavit dominium rei, dari; adversus illum verò qui dominium rei oppignoratæ comparavit, dari solùm Servianam actionem. Confirmaríque posset hæc Interpretatio ex principio legis 1. ff. h. t. ubi Interdictum utile datur, non ad apprehendendam ancillam oppignoratam & venditam à colono, sed ad apprehendendum partum illius, qui natus est apud emptorem, & non apud colonum, adeoque directè peti non potest, quia nunquam in fundum illatus est; utiliter tamen peti potest, quia (ut suppono) fuit saltèm tacitè, oppignoratus. Video difficultatem hujus interpretationis, ex eo quòd non solùm ancillæ, sed ipsius etiam partûs dominium videatur fuisse apud emptorem, & in lege detur utile Interdictum ad possessionem utriusque adipiscendam, ut communiter supponunt Interpretes. Alius conciliandi modus est Arnoldi Rath à n. 68. Legem 1. C. de precario & Salviano, quoad totum contextum, exceptâ solâ parenthesi, loqui de alio debitore, & tertio pignoris possessore, quàm ex causa locationis, contra quem interdictum hoc locum non habet (ut statim dicam) sed tantùm contra tertium possessorem, in quem res translata est, quæ ex causa locationis erat oppignorata, & in fundum conductum invecta. Lex autem illa sic sonat. [Si te non remmittente pignus debitor tuus ea quæ tibi obnoxia sunt, venundedit, integrum tibi jus est ea persequi, non interdicto Salviano (id enim tantummodo adversus conductorem debitorémve competit) sed Servianâ actione, vel quæ ad exemplum ejus instituitur, utilis adversus emptorem exercenda est.]

Quodsi

Quodsi nulla harum conciliationum satisfacit, dico cordatè, non posse has leges sine majore divinatione conciliari, & ideo posteriorem quæ est Codicis, prævalere in hoc, quòd Interdictum Salvianum ne quidem utile detur ampliùs adversus extraneum qui dominus pignoris evasit, sed solam Servianam. Et hoc confirmabitur ex q. seq. Itaque

345. QUÆRITUR 3. An hoc Interdictum non solùm locatori, sed etiam aliis Creditoribus res oppignoratas habentibus contra suos debitores competat, ut earum possessionem adipisci possint. Affirmant VVesenbecius, Cuiacius, Vulteius, Giphanius & alii. Negat Treutlerus, Donellus, Menochius, Hunnius, quibus libenter assentior, ob ea quæ in præced. quæst. resolutione dixi, ex quibus hæc resolutio deducitur, ut patet. Sed neque adversarii illam extensionem ullo juris textu firmare possunt.

346. Objiciunt 1. Quòd in lege 1. *C. de precario*, ponatur verbum generale: *Debitoris*. item quòd ponatur illa disjunctiva: *Conductorem, debitorémve*: quibus verbis Conductor à Debitore distinguitur; contra utrumque verò, tam debitorem quàm conductorem datur Salvianum interdictum: ergo contra quemcunque debitorem datur hoc Interdictum. Ad 1. Facilis est responsio, verba legis esse restringenda ad debitorem illius casûs de quo lex agit, is autem est conductor, & non alius. Ad 2. ℞. In Iure phrasim usitatam esse, ut disjunctio habeat sensum conjunctionis, adeoque in præsenti sensum esse de conductore qui simul debitor sit, si enim nihil ex conductione deberet, non esset locus interdicto ad obtinendam possessionem pignoris.

347. Objiciunt 2. De quibus rebus datur Actio Serviana, de iisdem datur Interdictum Salvianum. atqui licèt actio Serviana directa in causis locationis tantùm locum habeat, utilis tamen seu quasi Serviana datur contra quemcunque debitorem: ergo & quasi Salviana. ℞. Negando majorem, cujus oppositum habetur in *l. 1. C. de Precario*, ubi expressè negatur Salviana, & asseritur Serviana. & licèt quasi Serviana in Iure concedatur, nuspiam tamen de quasi Salviano quidquam legitur. Unde meritò dixit Sarmiento, iniquum fore, eum qui vult agere Salviano Interdicto, remittere ad actionem Servianam directam vel utilem (ut fit in l. 1. cit.) excludendo à Salviano, si illi utile Salvianum competeret. quandoquidem in Serviana probandum sit debitoris dominium pro tempore constituti pignoris, in Salviano solam possessionem, sicque sit altero expeditius.

348. QUÆRITUR 4. An Salvianum detur etiam pro adipiscenda possessione mercium inductarum in ædes conductas, si conductor pensionem non solvat. Pendet resolutio ex dicendis de contractu pignoris, an nempe hujusmodi merces sint tacitè hypothecatæ locatori, de quo ideo dubitatur, quia non sunt illatæ eo animo ut ibi maneant, sed ut distrahantur. Huic tamen dubitationi, meo quidem judicio benè occurrit Udalricus Zasius docens, quòd licèt species (hoc est individua) mercium vendantur, tamen semper aliæ substituantur. Unde quamvis hæc res in individuo, & alia, ac alia vendantur, tamen cùm aliæ substituuntur, officina semper mercibus repletur, & ideo in genere sunt merces exstantes oppignoratæ. arg. legis *cum tabernam ff. de pignoribus.* ubi in simili casu respondet Iureconsultus, merces esse oppignoratas. & ratio ità respondendi est, quòd, etsi merces vendantur, aliæ tamen substituantur. [Cùm tabernam debitor creditori pignori dederit, quæsitum est, utrum eo facto nihil egerit: an tabernæ appellatione merces quæ in ea erant, obligâsse videatur, & si eas merces per tempora distraxerit, & alias comparaverit, easque in eam tabernam intulerit, & decesserit, an omnia quæ ibi deprehenduntur, creditor hypothecariâ actione petere possit, cùm, & mercium species mutatæ sint, & res aliæ illatæ? Respondit, ea quæ mortis tempore debitoris in taberna inventa sunt, pignori obligata esse videntur.]

Hinc ex opposito fundamento contra Zasium infert Menochius, nomina debitorum, seu instrumenta quibus nomina debitorum continentur, non posse peti Salviano, quia, cùm non inferantur eo animo, ut ibi perpetuò sint, sed ut exactis debitis restituantur, ideo non censentur tacitè oppignorata. Et hæc de Interdictis seu Remediis Adipiscendæ possessionis à Prætore propositis. Sunt insuper tria Remedia civilia adipiscendæ possessionis. Primum quod habetur *L. fin. C. de Edicto D. Hadriani tollendo*, de quo suprà jam satis dictum n. 331. occasione Interdicti *Quorum bonorum*. Alterum extat in *l. 3. C. de pignorib.* quo creditoribus vi pacti conventi datur facultas propriâ auctoritate ingrediendi possessionem rerum debitoris. *Creditores, qui non redditâ sibi pecuniâ conventionis legem ingressi possessionem exercent, vim quidem facere non videntur, attamen auctoritate præsidis possessionem adipisci debent.* Circa quam legem observat Arn. Rath n. 88. & seqq. debitorem, vel ante litis ingressum debere suum debitum liquidare, vel si, ut potest, suâ sponte possessionem ingressus sit, statim litigationis articulos Iudici offerre, etsi urbaniùs, & tutiùs fecerit, si ante ingressum Iudicis auctoritatem adhibeat. Tertium Civile Remedium adipiscendæ possessionis, declaratur ab eodem Auctore à n. 92. quòd sit Iudicis officium, quo hæres uti potest, cùm vacantem bonorum hæreditariorum possessionem vult adipisci arg. *l. 68. ff. de rei vind. & l. 3. ff. ne vis fiat ei, &c.*

CON-

CONTROVERSIA VII.

Quænam sint Remedia Retinendæ Possessionis: præcipuè de Interdicto: uti possidetis.

SUMMARIUM.

IN *Interdicto:* uti possidetis. *Vterque litigans est actor & reus.* 349.
Quid probandum sit illi, qui priùs in Iudicium venit. 351.
An Interdictum hoc competat etiam pro rebus Incorporalibus. 352.
De aliis Interdictis ad Servitutes rusticas pertinentibus. 355.
Interdictum. Ne vis fiat, *non est Retinendæ Possessionis.* 356.
De Interdicto utrobi. 357.

349. AIt Prætor. [Vti eas ædes, quibus de agitur, nec vi, nec clàm, nec precariò alter ab altero possidetis, quominus ità possideatis vim fieri veto.]

In hoc interdicto, sicut, & in Interdicto *utrobi*, uterque litigantium est actor, & reus, ità ut non facilè discerni possit, ùter agat, & uter conveniatur, & hoc sensu duplex esse dicitur. l. 3. §. 1. ff. h. t. ibi. *Hoc interdictum duplex est, & ij quibus competit, & actores, & rei sunt.* Ille tamen habetur simpliciter pro actore, qui primus ad Iudicium provocavit. *l. 13. ff. de Iudic.*

350. In ferenda sententia non observat Iudex verba quibus Interdictum conceptum est, his enim formulis olim Prætores pronuntiabant sub conditione facti; & remittebatur res ad Iudicem, qui de re, & facto cognosceret, deinde de Iure secundùm formulam pronuntiaret. Has ambages sublatas esse jam suprà tradidimus, & constat ex toto titulo Codicis *de formulis, &c. sublatis.* Iudex ergo cognitâ causâ pronuntiat assertivè, Paulum possidere; deinde possessionem ità confirmat, ut condemnet adversarium in futurum, ne vim faciat possidenti quominùs quietè possideat. Exigit tamen Iudex à victore satisdationem, nihil se in re deterius facturum, sed rem, cujus possessionem obtinuit, si in petitorio succubuerit, salvam, & illæsam restituturum. Et hic est genuinus sensus legis un. C. h. t. & non ille quem aliqui putant, quòd satisdatio sit exigenda à victo, de non facienda vi, hæc enim satisdatio solùm in servitutibus, quarum possessio obtenta est, exigitur. *L. penult. ff. de aqua quot.* [Si de via, itinere, aqua, aquæductu agatur, hujusmodi cautio præstanda est, quamdiu quis de Iure suo doceat, non se impediturum agentem, & aquam ducentem, & iter facientem. Quodsi neget adversario Ius esse, cavere sine præjudicio amittendæ servitutis debebit, donec quæstio finietur, non se usurum.] Lex verò unica C. h. t. sic habet. [Uti possidetis fundum, de quo agitur, cùm ab altero nec vi, nec clàm, nec precariò possidetis, Rector provinciæ vim fieri prohibebit: ac NB. satisdationis, vel transferendæ possessionis edicti perpetui formâ servatâ de proprietate cognoscet.] Ratio diversitatis redditur à Donello & aliis, quòd nihil sit in servitute, quod victus restituat corpore, & ideo in subsidium exigitur cautio à victo, quæ sit loco restitutionis; in re corporali jam possessâ nihil opus est, quod substituatur: cur ergo victus satisdet?

351. QUÆRITUR nunc 1. Quid probandum sit illi qui primus in Iudicium venit. ℞. Esse illi probandum, & quòd in possessione turbatus ab altero fuerit, & quòd tempore turbationis possederit. Iure Canonico sufficit antiquioris possessionis probatio. *c. licet. de probat.* ubi lis de possessione orta esse refertur, & Raven: Ecclesia probavit, se cum justo titulo 60. annis bona quædam immobilia possedisse, Communitas autem Faventina probavit tantùm 50. Annorum possessionem sine titulo, judicatum est, contra hanc, quòd proculdubio injustè aliqua servitia in illis locis perceperit, & sine titulo justo, cùm duo simul eandem rem & eodem modo in solidum possidere non possint, & Faventini non ostendant titulum, Revennatensis Ecclesia verò cum ostendat ex privilegiis Imperatorum & Rom Pontif. Cùm ergo Faventini aliqua ex illis locis propria temeritate occupaverint, & œconomus petierit à vi turbativa seu inquietativa Faventinos prohiberi, &c. Faventini condemnantur quoad possessorium Iudicium, & perpetuum silentium illis imponitur, & prohibentur, ut neque per se neque per alios super his præsumant Ravennatensem Ecclesiam, aut habitatores prædictorum locorum, aliquatenùs molestare.

352. QUÆRITUR 2. An Interdictum *uti possidetis*, competat etiam pro rebus Incorporalibus, saltèm utile. Negat Giphanius. Sed cum receptissima affirmandum est, ob textum clarum quo hoc Interdictum usufructuario conceditur *l. ult. ff. h. t.* [In Summa puto dicendum, & inter fructuarios hoc interdictum reddendum, etsi alter usumfructum, alter possessionem sibi defendat. Idem erit probandum, & si ususfructûs quis sibi defendat possessionem. Proinde etsi alter usum, alter fructum sibi tueatur, & his interdictum erit dandum.]

353. Objicit Giph. 1. De Servitutibus sunt constituta propria Interdicta, ut: *de Itinere, actuque privato ff. h. t.* de fonte, de rivis, de cloacis. quæ interdicta dicuntur quasi possessoria. *l. 20. ff. de Servit. l. 1. §. hæc interdicta. ff. de aqua quot:* ergo non datur Interdictum utile: *Vti possidetis.* ℞. Negando conseq. sic de re propria

priâ competit commodanti non solùm actio propriâ *Commodati*, sed etiam rei vindicatio. Deinde illa interdicta propria non se extendunt ad omnes Servitutes, ut patet, multò minùs ad alia Iura Incorporalia quæ non sunt servitutes: ergo in his erit locus huic Interdicto.

354. Objicit. 2. Finis hujus Interdicti est, ut intelligatur quis sit possessor propter Iudicium petitorium, ut postea de dominio agi possit ab eo qui possessor non est. atqui hoc non procedit in servitutibus, quia Servitutem petere potest tam qui possidet quam qui non possidet. §. *æquè Instit. de act. l. 6. etsi forte & l. sicut §. sed si quæritur. ff. si serv. vind.*. ℞. Negando minorem, nempe quòd is qui possidet, possit servitutem vindicare: ad quid enim vindica et id quod jam habet? vindicamus ea quæ absunt, & quatenus absunt: textus allegati prorsus abs te sunt: plus enim non volunt, quàm, quòd qui possidet rem corporalem, agere possit negatoriâ actione, quâ negat servitutem competere alteri: atqui evidens est, quòd hòc non sit vindicare servitutem, cùm sit potiùs vindicare immunitatem à servitute.

355. Hujus occasione dicendum hîc breviter aliquid est de aliis Interdictis ad servitutes rusticas pertinentibus. Primum habetur. *ff. de aqua quot.* ubi ait Prætor: [Uti hoc anno aquam, quâ de agitur, non vi, non clàm, non precariò ab illo duxisti, quò minùs ità ducas, vim fieri veto.] Sufficiet autem unâ nocte, vel die duxisse. *L.* 1. §. 4. *h. t.* Secundum & famosius est: *ff. de Itinere actúque privato.* ubi Prætor ait: [Quo itinere actúque privato, quo de agitur, vel viâ, hoc anno, nec vi, nec clàm, nec precariò ab illo usus es, quo minùs ità utaris, vim fieri veto.] De modo acquirendi has servitutes suo loco dictum est. Illis acquisitis dantur hæc Interdicta contra impedientem uti. Similia Interdicta sunt concepta sequentibus titulis, de Rivis, de Fonte, de Cloacis. de quibus nihil occurrit notatu dignum.

356. Aliqui ut Menochius, revocant ad Interdicta retinendæ possessionis etiam Interdictum: *Ne vis fiat ei qui à Prætore in possessionem bonorum missus est.* de quo est titulus 4. lib. 43. Verùm rectiùs dicunt alii, hoc Interdictum non esse retinendæ possessionis: quia talis non habet possessionem quando mittitur in possessionem, & ei ne eam acquirat, resistitur. Meliùs ergo alii revocant ad Interdicta adipiscendæ possessionis, & sic sonat. [Si quis dolo malo fecerit, quò minùs quis permissu meo, eiusve cujus ea Iurisdictio fuit, in possessione bonorum sit, in eum in factum Iudicium, quanti ea res fuit, ob quam in possessionem missus eris, dabo.] Quæ de his dubitari possunt, facilè ex alibi dictis resolvi possunt, & ideo non sunt repetenda. Et hæc de Interdictis pro rebus immobilibus.

357. Restat Interdictum pro rebus mobilibus, quod dicitur *utrobi*: de quo est tit. ff. 31. lib. 43. Prætor ait. [Utrubi hic homo, quo de agitur, majore parte hujusce anni fuit, quò minùs is eum ducat, vim fieri veto.] Hoc Interdictum datur pro retinenda possessione rerum mobilium, de cætero est exæquatum Interdicto *uti possidetis*, quod est pro rebus immobilibus: adeoque in utroque is vincit, qui nec vi, nec clàm, nec precariò ab eo à quo inquietatur possessionem habet. §. 1. *hîc.* Et hæc de Remediis retinendæ possessionis.

Circa quæ placet referre ex Arnoldo Rath, quomodo se gerere debeat Iudex in ferenda sententia, & quidem si reus conventus nec possideat, nec possessionem prætendat, molestet tamen, & turbet alterum, adeoque non gerat actoris personam, res est expedita. Verùm quia ordinariè urérque litigantium se possessorem declarari intendit, & ambo fidem aliquam possessionis habitæ faciunt, séque in ea defendi petunt, est difficultas, & controversia, quid Iudici incumbat, maximè si ambo litigatores possessionem ejusdem generis, & ijsdem actibus probent. Hoc casu pro illo pronuntiandum est, qui titulum, vel antiquiorem possessionem probat, quia præsumitur talis priùs ab altero turbatus esse: unde idem auctor ex Andrea Gail lib. singulari de pignoration. observ. 22. n. 10. notat, utile esse in his Interdictis articulare, & probare dominium simul cum possessione, non quidem ut super hoc sententia feratur, sed ad colorandum judicium possessorium, Quodsi verò possessionem diversi generis intendant, v. g. unus civilem, alter naturalem, aut ex diversis causis eandem, v. g. unus usum rei, alter fructum, vel unus proprietatem, alter usumfructum, Iudex utríque suam probatam possessionem adjudicabit, & utrúmque diversis respectibus condemnabit, Fructuarium, ne Proprietarium turbet in possessione proprietatis, & econtra ne Proprietarius turbet Fructuarium.

CONTROVERSIA VIII.

Quænam sint Remedia Recuperandæ Possessionis.

SUMMARIUM.

Qualis vis requiratur, ut locus sit Interdicto unde vi. 359.
An detur contra vi dejicientem, sed non occupantem. 360.
An quis possit vi dejici de possessione rerum Incorporalium. 361.
An Interd. unde vi *tantùm detur de rebus immobilibus.* 362.
An detur Notorio Prædoni adversus Dominum notorium. 363. *& seqq.*
Insigne Privilegium quo gaudent Clerici spoliati. 371.

Verum

§. I.

De Interdicto. Vnde vi.

358. PRætor ait: *Vnde tu illum vi dejecisti, aut familia tua dejecit, de eo, quæque ille tunc ibi habuit tantummodo intra annum, post annum de eo, quod ad eum qui vi dejecit, pervenerit, judicium dabo. ff. de vi & vi armata.* Comprehendit itaque hoc Interdictum non solùm vim privatam, sed etiam publicam. Privata dicitur, quæ sine armis, publica quæ fit armis, inter quæ non solùm gladii, bombardæ, &c. sed etiam fustes & lapides numerantur. Porrò quia hoc Interdictum primariò in odium invasoris (nam invaso & dejecto Ius Civile sufficienter prospexit) constitutum est, ideo strictam recipit interpretationem. Unde—

359. QUÆRITUR 1. Qualis vis requiratur, & sufficiat ad hoc, ut quis ex hoc Interdicto conveniri possit. ℞. 1. Non sufficere, si quis metu præcisè impulsus ipse possessionem deserit, v. g. si quis videns venientem à longè prædonem cum armis fugeret à fundo, nisi tandem prædo invaserit, & occupaverit fundum. Ità habetur l. 1. §. 29. h. t. [Idem Labeo ait, eum qui metu turbæ perterritus fugerit, videri dejectum. Sed Pomponius ait, vim sine corporali vi locum non habere. Ego (Ulpianus) etiam eum qui fugatus est supervenientibus quibusdam, si illi NB. vi occupârunt possessionem, videri vi dejectum.] Idem repetit l. 3. §. 7. [Proinde etsi armatos audîsset venire, metu decesserit de possessione, dicendum non esse eum armis dejectum, nisi possessio ab his fuerit occupata.] ℞. 2. Neque sufficere, si quis etiam vi compulsus ipse deinde tradit possessionem. *l. 5. h. t. Si rerum tibi possessionem tradidero, dicit Pomponius,* unde vi *interdictum cessare: quon am non est vi dejectus, qui compulsus est in possessionem inducere.* ℞. 3. Neque sufficere per vim aliquem impedire, ne ipse possessionem Iure capiat, si priùs nec corpore nec animo possidebat. Aliud esset, si adhuc animo, hoc est, civiliter possidens mitteret aliquem, qui suo nomine corporaliter possideret, & iste vi prohiberetur. Ratio prioris est, quia qui non possidet, non dejicitur, & habetur §. 26. *Eum qui neque animo neque corpore possidet, ingredi autem, & incipere possidere prohibeatur, non videri dejectum verius est: dejicitur enim qui amittit possessionem, non qui non accipit.* Ratio secundi est, quia talis amittit denique per talem vim etiam civilem possessionem: ut suprà dictum est. ℞. 4. Neque sufficere, si quis me quidem dejiceret, sed non meos. Quia per illos adhuc possiderem. *l.* 1. §. 45. ℞. 5. Sed neque is hoc interdicto gaudet, qui vi quidem dejectus est, sed in continenti (prout licere sup. dictum est) iterum per vim recuperat, nam talis non amittit civilem possessionem. l. 3. §. 9. [Eum igitur qui cum armis venit, possumus armis repellere, sed hoc confestim, non ex intervallo: dummodo sciamus non solùm resistere permissum, ne dejiciatur, sed etsi dejectus quis fuerit, eundem dejicere non ex intervallo, sed ex continenti.]

360 Dubitabis, an contra illum daretur hoc Interdictum, qui me vi dejecit, sed ipse possessionem non occupavit. ℞. Affirmativè, & habetur expressè *l.* 4. §. 22. *ff. de usurpat.* [Si tu me vi expuleris de fundi possessione, nec apprehenderis possessionem, sed Titius in vacuam possessionem intraverit, potest longo tempore capi res: quamvis enim interdictum, unde vi, locum habeat, quia verum est, vi me dejectum, non tamen verum est, & vi possessum.] Requiritur ergo, & sufficit corporalis violentia tanta, vi cujus quis & naturalem, & civilem possessionem amittat, ut satis explicatum est. In aliis casibus aliæ actiones dabuntur, ut actio *quod metûs causâ*, actio injuriarum, &c.

361. QUÆRITUR 2. An quis etiam per vim dejici possit de possessione rerum incorporalium, ut locus sit huic Interdicto. Ad hoc respondet Fridericus Martini *de annuis reditibus cap. ult. n.* 30. & ex eo Ant. Perez. Si Iurium incorporalium quasi possessione, ut puta juris eligendi decimarum, patronatûs, Iurisdictionis, censuum & redituum annuorum quasi spoliatus quis fuerit, utili Interdicto *unde vi* adversus spoliatorem experietur. In hisce namque Iuribus, itémque præstationibus annuis, quasi spoliatio contingit, si Domino singulis annis reditus suos recipere consueto à debitore non quidem ex inopia, sed ejusdem pertinacia solutio denegetur: ut non debeat audiri debitor postea allegare volens causas, cur annuos reditus solvere distulerit; hoc enim ad petitorium pertinet: spoliatus autem ante omnia est restituendus. Idem tradit Andreas Gail. *Lib. 2. Obser.* 75. addens posse etiam taliter spoliatum agere ex constitutione legis, *si quis in tantam. C. Vnde vi.* quæ habet specialem effectum, ut dicemus infrà.

362. QUÆRITUR 3. An hoc Interdictum tantùm detur de rebus immobilibus. Ioannes Corasius putat, etiam pro mobilibus utile competere. Verùm obstat textus expressus & exclusivus in l. 1. §. 6. exceptis illis mobilibus, quæ fuerunt in fundo vi occupato. [Il-

 lud

lud utique in dubium non venit, Interdictum hoc ad res mobiles non pertinere, nam ex causa furti vel vi bonorum raptorum actio competit. potest & ad exhibendum agi. Planè si quæ res sunt in fundo, vel in ædibus unde quis dejectus est, etiam earum nomine interdictum competere non est ambigendum.] Cùm ergo hæc verba repugnent expressè, non est locus utili Interdicto respectu mobilium principaliter spectatorum, juxta regulam superiùs traditam, quandonam utilis actio detur. Ex hoc tamen textu non rectè infert Hunnius, ne quidem pro rebus incorporalibus dari utile interdictum (ut q. 2. asseruimus) nam incorporalia non excluduntur sicut mobilia, & præterea rebus immobilibus adnumerantur, ut alibi dicemus.

363. QUÆRITUR 4. Et est celeberrima Iuris quæstio, an hoc Interdictum detur notorio prædoni adversus dominum notorium fundi, quo dominus per vim spoliavit prædonem, à quo priùs ipse etiam per vim dejectus erat. Supponitur autem in casu, quòd hæc secunda spoliatio non fuerit in continenti facta, tunc enim jure egisset, ut ex dictis patet. In hac re sunt tres diversæ sententiæ.

364. Prima distinguit inter causas beneficiales & prophanas, & asserit: si agatur de beneficio Ecclesiastico, prædonem spoliatum restituendum non esse. Fundat se in *c. ad decimas de rest. spol. in 6. &, c. Constitutus de filiis praesbyt. &, c. Quoniam: eodem.* Si verò de re prophana agatur, asserit etiam prædonem esse restituendum, & ad hoc illi concedi Interdictum. *Vnde vi.* Ità Immola & alii apud Menoch. *rem. 1. recup. n. 131.*

Secunda Sententia sine ullo discrimine affirmat, Prædonem esse restituendum, etiamsi notorius sit, & à notoriè domino fuerit iterum spoliatus. Ità Panormitanus, & alii quos sequitur Fachinæus *l. 8. c. 10.*

Tertia sententia est, non dari sic spoliato hoc Interdictum. Ità Antonius Butrius, Covar. & plures alii, quos sequitur Menoch. *q. 11. n. 113.* & apud modernos Iuristas invaluit. expressè eam tuentur Hunnius, *vol. 2. d. 25. in Treut. q. 56.* Antonius Perez, Zœsius, & Collegium Argentor: *in com. ad tit. ff. & C.* Hujus ergo sententiæ argumenta videamus.

365. Primum argumentum desumitur ex l. 1. §. Qui à me. 30. ff. h. t. *Qui à me vi possidebat, si ab alio dejiciatur, habet interdictum.* ergo per argumentum à contrario, qui non ab alio dejicitur, sed à me, qui ab illo etiam dejectus sum, non habet hoc interdictum. Hoc tamen argumentum infirmum est, imprimis quia nimium probaret: probaret enim quòd etiam non daretur illi interdictum, si ego illum dejiciens non essem dominus, aut saltèm non constaret de meo dominio, quod est contra omnes. sequela patet; quia tunc etiam non ab alio dejiceretur. Sensus illius legis est, quòd qui ab alio spoliatur, semper uti possit hoc interdicto, non autem qui à spoliato spoliatur, quia priùs videndum est, an id in continenti fecerit necne. In continenti autem fecisse potuit, etiamsi non statim in momento, sed si id fecit antequam animum recuperandi deponeret, v.g. statim præparando media, circumspiciendo de occasione, de auxiliatoribus, &c. prout Theologi interpretantur, talis enim possessionem civilem nunquam amisit, sed eam retinuit, ut ex suprà dictis liquet.

366. Secundum argumentum sumitur ex cap. cùm dilectus. *de causa possess. & propriet.* ubi dicitur quòd causa proprietatis prævaleat: ergo quando constat de dominio, non est habenda cura possessionis. Distinguo consequens: quando constat judicialiter, concedo: si solùm constet extrajudicialiter, nego consequentiam. Verùm videamus ipsum textum, & apparebit, nihil impertinentius posse ad propositum adduci. *Ad quartum*, inquit Innoc. Pap. III. *breviter respondemus, quòd cum super possessorio NB. & petitorio simul est actum, utrumque unà sententià debet terminari.* (ecce! loquitur de casu quo duo judicia simul cumulantur.) *sed licèt in pronuntiatione sit possessio præmittenda, in executione tamen debet proprietas prævalere.* Hoc adeo non favet tertiæ sententiæ, ut potiùs obsit, cùm requiratur sententia super possessione, & quidem præmittenda.

Tertium argumentum Antonii Perez. Interdictum in nostro casu inutiliter concederetur prædoni, quia posset exceptione doli submoveri, dolo enim petit restitui, qui statim debet iterum restituere domino. R. Quin imò non posset hac exceptione repelli, quia Iuris ordo servandus est, qui requirit, ut spoliatus ante omnia restituatur, alioquin neque haberet hoc interdictum ille qui non vi, sed clàm possessionem occupâsset, & deinde per vim dejectus esset. quod est contra omnes. Et sanè nemo negaverit, dominum ob vim illatam punibilem esse, quandoquidem juris remediis neglectis ipse sibi jus dixit.

367. Quartum argumentum sumitur ex lege; *Bona fides. ff. depositi*, ubi dicitur: *Non est ex bona fide rem suam dominum prædoni restituere compelli.* Hic locus adducitur ineptissimè. sic sonat. [Si rem meam fur, quam me ignorante subripuit, apud me, etiam nunc delictum ignorantem, deposuerit, rectè dicetur non contrahi depositum. quia non est ex fide bona rem suam dominum prædoni restituere compelli.] Vides, sermonem esse de casu, quo dominus rem suam absque omni vitio & violentia consequitur; noster autem casus est, quando consequitur per vim, & modo illicito.

368. Quintum argumentum desumitur ex *cap. ad decimas. de rest. spoliat. in 6.* Casus est talis. Canonici quidam occupaverant decimas in aliena parochia: parochus illos decimis spoliavit.

liavit. quæsitum est an debeant restitui. Respondit Pontifex, nequaquam restituendos esse, nisi evidenter docuerint, NB. quod earum possessionē legitimè assecuti fuissēt. Quia eas occupâsse injustè verisimiliter præsumuntur, cùm proveniant ex prædiis intra alienam paræciam constitutis, sitque manifestum (nisi aliud ostendatur) eas de Iure communi ad eandem Ecclesiam pertinere.] Respondet optimè Fachineus, hoc specialiter constitutum esse, ne hæc res in exemplum traheretur, & jura canonica eluderentur, quæ prohibent possideri decimas in aliena Parochia. Adde, ex textu non constare, quòd possessionem acquisiverint Canonici, & quòd Parochus sciens passus sit illos percipere decimas; multò minùs constat, quòd illas vi occupaverint, & fortè cùm vellent vi occupare, Parochus vim vi repulit.

Adhuc impertinentiùs adducuntur *c. Constitutus*, & *c. Quoniam.* De filiis præsbyt. Capitulum *Constitutus*, dicit spoliatum beneficio restituendum esse, si constet patrem ad tempus administrâsse, non autem in perpetuum concessum fuisse. Ergo, inquiunt, à contrario sensu rectè colligitur, restituendum non esse, si beneficium patri in perpetuum concessum fuisset. Ità est. Sed quid hoc ad rem? quid hic de reciproca spoliatione? meritò talis non est restituendus, ne fiat contra Canones, quibus prohibetur, filium beneficium habere in ea Ecclesia, in qua pater habuit. Capitulum *quoniam* nec verbulum habet de spoliato, sed hoc statuit, ut si filius beneficium habeat in ea Ecclesia, in qua pater ante habuerat, debeat à beneficio removeri.

Hæc sunt argumenta hujus communis sententiæ, quæ quid roboris habeant, viderit lector. Nunc referamus argumenta secundæ sententiæ, asserentis competere sic spoliato Interdictum *unde vi.* Ea sumuntur ex utroque Iure.

369. Primum argumentum ex *cap. in litteris. de Rest. spol.* ubi Pontifex ad quæstionem an restituendus sit spoliatus beneficio, qui dicitur non fuisse Canonicè institutus, respondet. *Priùs de violenta ejectione, quàm de Canonica institutione agi debere.* & rationem addit quasi à fortiori: *Quia prædo etiam est secundùm rigorem Iuris restituendus.* Respondent Castro Palao & alii, esse sermonem de prædone non notorio. Sed hæc responsio est manifestè insufficiens, quomodo enim in non notorio prædone esset rigor Iuris? quomodo esset argumentum Pontificis à majore ad minus?

370. Secundum argumentum desumitur ex pluribus Iuris Civilis textibus, ubi generaliter & sine ullo discrimine etiam prædo jubetur ante omnia restitui. Imprimis est lex celeberrima Codicis septima h. t. (cujus verba infrà commodiùs referam) ubi disertè dicitur, quòd si Dominus rei aliquem vi spoliaverit, debeat restituere. Respondent, non esse ibi sermonem de prædone notorio spoliato. Esto. Satis est velle restitui spoliatum etiam adversus Dominum, etiam quando constat eum Dominum esse, statuit enim lex, ut amittat dominium. Et benè ait Fachineus, non pertinere ad substantiam rei, esse vel non esse notorium, sed ad probationem, & ideo regulas Iuris non immutare: neque ullibi hæc distinctio in Iure existit. Idem dicit *Lex 4. §. Si Dominus. ff. de usurpat. Si Dominus fundi possessorem vi dejecerit, Cassius ait, non videri in potestatem ejus rediisse, quoniam Interdicto* unde vi *restituturus sit possessionem.* Item Lex *cùm fundum. ff. de vi, & vi armata.* ubi casus est talis. [Cùm fundum, qui locaverat, vendidisset, jussit emptorem in vacuam possessionem ire, quem colonus intrare prohibuit: postea emptor vi colonum expulit. Placebat, colonum interdicto venditori teneri: quia nihil interesset, ipsum an alium ex voluntate ejus missum intrare prohibuerit: neque enim ante amissam possessionem videri, quàm si tradita fuisset emptori: quia nemo eo animo esset, ut possessionem amitteret propter emptorem, quam emptor adeptus non fuisset. Emptorem quoque, qui postea vim adhibuit NB. & ipsum Interdicto colono teneri, &c. quæsitum est, an emptori succurri debeat, si voluntate venditoris colonum postea vi expulisset: dixi, non esse juvandum, qui mandatum illicitum susceperit.] Ecce! emptor, fundi Dominus, ob vim illatam etiam ex alterius voluntate tenetur Interdicto, quidni si proprio nomine id fecisset?

Huc etiam facit textus. §. 6. *Inst. de Interdictis.* ibi. *Nam ei proponitur Interdictum* unde vi *per quod is qui dejecit, cogitur ei restituere possessionem, licèt is ab eo qui vi dejecit NB. vi, vel clàm, vel precariò possideat.* Ecce! primo spoliatori contra reciprocum spoliatorem datur hoc Interdictum, nec curatur, an sit vel non sit Dominus. Nam statim subjungitur: *si quidem in bonis* (spoliatoris) *ejus est, dominio ejus privatur.* Mihi sanè incredibile est, quòd leges non disertè excepissent Dominum notorium, si eum eximium esse voluissent.

371. Quare, inspectis Iuris apicibus, illisque insistendo censeo veriorem esse secundam sententiam. Quam etiam in terminis tenet Schneidewein in dictum §. Inst. n. 23.

Advertendum tamen hoc loco est insigne privilegium, quo gaudent specialiter Clerici. & quidem antiquitùs erat amplissimum, ut Clericus à quocunque spoliatus, si ab aliquo seu civili seu criminali actione conveniretur, non teneretur in Iudicio respondere, nisi priùs restitueretur: ratio redditur in *c. oportet. ca. 3. q. 2. Quia nec nudi contendere, nec inermes nos inimicis debemus opponere.* Quia verò postmodum Clerici hoc privilegio abusi sunt, & cùm ab aliquo convenirentur, allegârunt falsò, se esse spoliatos, & ideo non teneri respondere, ideo Innocentius. 4. *cap. 1. de Rest. spol. in 6.* Privilegium restrinxit, ut Clericis

ricis non liceret hac exceptione spoliationis uti, nisi adversus ipsum spoliatorem. Postea dubitatum est, an Clericus ab alio priùs spoliatus, & deinde eundem in alia re spolians, si à spoliato conveniatur Interdicto *vnde vi* possit vi dicti privilegii uti exceptione, quòd ipse priùs fuerit ab illo spoliatus, & sic non teneatur respondere, donec ipse priùs restituatur, & affirmativè respondet Gregorius IX. *Cap. fin. de ordine cognitionum.* ibi. *Quanquam ab agendo, spoliatione ab eis* (Clericis) *oppositâ repellatur.* Ità interpretatur Fachineus. *lib.* 8. *c.* 11.

372. QUÆRITUR 5. Utrum, qui non vi, sed clàm possessionem absentis ingressus est, conveniri possit Interdicto, *vnde vi.* Ratio dubitandi est, quia leges adductæ expresse loquuntur de violenta occupatione. Et ideo negativam tenet Menochius & Hunnius, aliis citatis. Communissima tamen affirmat propter legem finalem C. h. tit. quæ vel est correctoria priorum, vel saltèm utile Interdictum concedit. [Cùm quærebatur, quid fieri oporteret propter eos, qui vacuam possessionem absentium sine judiciali sententia detinuerunt; quia veteres leges, nec unde vi Interdictum, nec quod vi aut clàm, vel aliam quandam actionem ad recipiendam talem possessionem definiebant, violentiâ in ablatam possessionem minimè præcedente, nisi Domino tantummodo in rem actionem permittentes; nos non concedentes aliq em alienas res, vel possessiones per suam auctoritatem usurpare, sancimus NB. talem possesso em ut prædonem intelligi, & generali urisdictione eâ teneri, quæ pro restituenda possessione contra hujusmodi personas veteribus declarata sunt legibus. Ridiculum enim est dicere, vel audire, quod per ignorantiam alienam rem aliquis quasi propriam occupaverit. Omnes autem scire debent, quod suum non est, hoc ad alios modis omnibus pertinere.]

373. QUÆRITUR 6. Ad quid detur hoc Interdictum. ℟. 1. Ad restituendam possessionem rei immobilis à qua quis dejectus est, ut jam suprà dictum est, & patet ex legibus adductis. ℟. 2. Ad restitutionem etiam rerum mobilium, quas dejectus habebat in loco, non solùm propriarum sed etiam alienarum, ut sunt deposita, commodata, pignorata, locata, &c. *l.* 1. §. 6. *ff. h. t.* ibi. *Planè si quæ res sint in fundo, unde quis dejectus est, etiam earum nomine Interdictum competere non est ambigendum.* Quamvis dejectus, si malit, possit de his etiam agere *ad exhibendum.* §. 32. *eod.* ibi. *Planè si quis velit de possessione quidem rei soli per hoc Interdictum experiri, de rebus verò mobilibus ad exhibendum actione, potest.* ℟. 3. Ad restitutionem fructuum non solùm à prædone perceptorum, sed etiam quos dejectus percipere potuisset; insuper omnis utilitatis, atque interesse, quod spoliatus habuisset, si vi dejectus non fuisset. *ib.* §. 40. & 41. *Ex die, quo quis dejectus est, fructuum ratio habetur, quamvis in cæteris Interdictis, ex quo edita sunt, non retro competentur. Idem est & in rebus mobilibus, quæ ibi erant, nam earum fructus computandi sunt, ex quo quis vi dejectus est.* Itaque ratio fructuum habetur ex eo tempore quo quis dejectus est, quod huic Interdicto singulare est, cùm in aliis fructus à die redditi interdicti computentur. Quin imò etiam illa restituere tenetur, quæ sine culpa illius perierunt, eodem modo apud Dominum peritura, ut habetur §. 34. in fine. ibi. *Scribit Julianus, eum qui vi dejecit ex eo prædio, in quo homines fuerunt, propius esse, ut etiam sine culpa ejus mortuis hominibus æstimationem eorum per Interdictum restituere debeat.* Quod tamen non procedit in foro conscientiæ ante Iudicis sententiam.

374. ℟. 4. Si res per vim occupata fuit in dominio spoliatoris, amittit illius dominium, sive spoliatus justè, sive injustè possederit; quodsi non fuit in illius dominio, præter rem, ejus quoque æstimationem spoliato restituere cogitur à Iudice. Ità habetur statutum in *L.* 7. *C. h. t.* [Si quis in tantam furoris pervenerit audaciam, ut possessionem rerum apud fiscum, vel apud homines quoslibet constitutarum ante adventum Iudicialis arbitrii violenter invaserit, Dominus quidem constitutus possessionem, quam abstulit, restituat possessori, & dominium ejusdem amittat: si verò alienarum rerum possessionem invasit, non solùm eam possidentibus reddat, verùm etiam æstimationem earundem rerum restituere compellatur.] Hoc ipsum relatum est in §. *Recuperandæ. J. de Interd.* Cæterùm in beneficialibus non est opus sententiâ Iudicis, sed spoliator ipso Iure privatur. *C.* 18. *de præbend. in* 6. ibi. *Eo ipso Ius si quod in dignitatibus, personatibus, & benefic is occupatis ipsis forsitan competebat, amittant.*

QUÆRITUR 7. An hoc Interdictum detur etiam contra tertium possessorem, seu successorem singularem, si sciat violentiam à suo Auctore, seu Antecessore exercitam. ℟. Jure Civili inspecto non dari. *L.* 7. *ff. h. t. Cùm à te vi dejectus sim, si Titius eandem rem possidere cœpit, non possum cum alio, quàm tecum hoc Interdicto experiri.* De Iure Canonico aliud dicendum est, quod etiam in civili foro observandum est. *C.* 18. *de restit. spoliatorum.* Quod paulò pòst referam.

Et hæc de primo Remedio ex Iure civili, pro recuperanda possessione.



§. II.

§. II.

De Precario. l. 2. ff. h. t.

375. AIt Prætor. *Quod precariò ab illo habes, aut dolo malo fecisti, ut desineres habere, quâ de re agitur, id illi restituas.*

376. Interdicti hujus inducendi causa fuit, quòd ab initio nulla alia actio hoc nomine exstaret, cùm magìs ad beneficii causam, quàm negotii contracti spectet Precarii conditio. De quo dicetur in tr. de Contractibus.

Datur hoc Interdictum ei qui precariò dedit sive per se, sive per procuratorem, etiamsi non sit Dominus. Deinde etiam datur ejus hæredi vel alteri successori etiam singulari; nam, & ab eo censetur haberi precariò, quod ab auctore ejus habitum. *l.* 8. §. 1. & 2. *ff. h. t.* [Quod à Titio precariò quis rogavit, id etiam ab hærede ejus precariò habere videtur, & ità, & Sabinus, & Celsus scribunt, eóque Iure utimur. Ergo, & à cæteris successoribus habere quis precariò videtur. Illud tamen videamus quale sit, si à me precariò rogaveris, & ego eam rem alienavero, an precarium duret, re ad alium translatâ? & magìs est, si ille non revocet, interdicere posse, quasi ab illo precario habeas, non quasi à me.]

377. Datur adversus eum qui precariò accepit, si rem penes se habeat, aut dolo desiit habere. *Ead. l.* 8. §. 3. *Eum quoque precario tenere voluit prætor, qui dolo fecit, ut habere desinerit.* Datur etiam creditori adversus Dominum pignus precariò detinentem. Datur contra hæredem, ad quem licet possessio non transeat, quæ ei non est concessa, detinet tamen, vel dolo desiit detinere: quia tenetur ex dolo defuncti, quatenus ad eum pervenit.

Petitur hoc interdicto non solùm res precariò concessa, sed etiam fructus post editum Interdictum percepti, debet enim actor in pristinam causam restitui: alioquin, si facta non fuerit restitutio, [condemnabitur reus in tantùm, quanti interfuit actoris, rem ei restitui ex eo tempore quo editum est Interdictum: ergo & fructus ex die interdicti editi præstabuntur.] *L.* 8. *§. ex hoc. ff. h. t.*

378. Hoc Interdictum est perpetuum, & non tantùm annale sicut Interdictum, *unde vi*, quamvis & hoc sit perpetuum, quatenus est rei persecutorium. Imò hodie de Iure Canonico, & de consuetudine actio hæc semper est perpetua, ut tradit VVesenbecius in Paratit.

§. III.

De Remedio ex cap. Redintegranda: ca. 3. q. 1.

379. R*Edintegranda* (scribit Pontifex Joannes) *sunt omnia exspoliatis, vel ejectis Episcopis præsentialiter ordinatione Pontificum, & in eo loco unde abscesserant* (alii legunt: *& in eorum unde abscesserunt potestatem*) *funditus revocanda, quacunque conditione temporis, aut captivitate, aut dolo ut violentiâ majorum, aut per quascunque injustas causas, res Ecclesiæ, vel proprias, aut substantias suas perdidisse noscuntur ante accusationem, aut regularem ad Synodum vocationem eorum.*

Hoc Remedium, concessum omnibus, injustè suâ possessione, seu rerum immobilium, seu mobilium, spoliatis, vocant Interpretes plenissimum, concurrens cum omnibus aliis remediis spoliatorum, qualia plurima recenset VVesenbecius, & Maranda, sed ideo communiter prætermittuntur ab aliis, quia omnis eorum vis, & efficacia in hoc remedio continetur. De quo

380. QUÆRITUR 1. Utrum indiscriminatim, tam Clericis, quàm Laicis concedatur. Aliqui apud Andream Gail. *vol.* 2. *obser.* 75. *n.* 11. voluerunt restringere ad solos Clericos, sed communissima, & in foro recepta sententia extendit etiam ad Laicos; & in hoc puncto auctoritas, & usus est attendendus, quidquid dicendum esset, si cortici verborum inhærendum esset.

381. QUÆRITUR 2. An hoc remedium detur etiam contra possessorem singularem bonâ fide, & cum titulo possidentem, hoc est, ad quem res ignoranter pervenit cum aliquo titulo. Negat Bartolus, quem sequuntur plurimi quibus subscribunt Menochius, Fachineus, l. 8. c. 12. & Gail. Affirmat tamen Joachimus Mynsingerus Centuriâ. 3. observat. 85. sic scribens. [Attamen frequentiùs utriúsque scholæ interpretes censuerunt contra Bartolum, quòd imò beneficium *d. c. redinteg.* competat adversus titulo possidentem, etiamsi res ad eum sine vitio pervenerit, &c. Aitque Alexander, quòd secundùm hanc sententiam in Iudiciis sæpè numero judicari viderit, quemadmodum, & ipse aliquoties ex facto consultus ità respondit.] Et infrà dicit, quòd Cameræ Spirensis Assessores hanc sententiam in judicando suo tempore aliquot vicibus observârint. Sed videamus argumenta hujus sententiæ.

382. Probatur maximè à Mynsingero, quòd textus ipse impersonaliter, & generaliter loquatur ergo generaliter est intelligendus. *l.* 1. §. *generaliter. ff. de legatis præstand.* & confirmatur ex cap. Episcopi. ca. 3. q. 1. c. Ecclesia. ca. 3. q. 2. ubi recuperatur possessio *à quibuscúnque*, quæ dictio est generalis, & omnes complectitur casus etiam privilegiatos. *L. in fraudem. §. fin. ff. de milit. testam. l.* 1. §. *quod autem. ff. de aleat.*

383. Ad hoc argumentum respondet Menochius, & Fachineus, textus adductos esse intelligendos de quibuscúnque malæ fidei possessoribus; & hanc restrictionem suadere materiam subjectam. Hæc tamen responsio difficilis est, quia

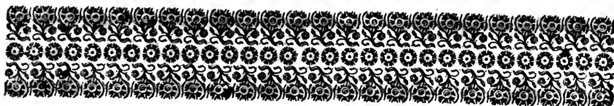
quia ut docent ipsi Adversarii, Menochius, & Gail post Covarruviam, & Alciatum, Actor utens hoc Remedio plus non debet probare, quàm antiquiorem possessionem, & novam rei conventi: quod argumento est, hoc jure spoliatum non contra dejicientem solùm, sed quemvis alium possessorem restitui, ut etiam notavit, Colleg. Argent. Verùm consequentia non est infallibilis, quia dici potest, quòd procedat, si possessor non potest probare bonam fidem, & titulum, tunc enim præsumitur mala fides. Omitto alia argumenta minùs efficacia.

384. Pro contraria sententia videtur mihi fortiter urgeri posse *ex cap. sæpè.* 18. *de Rest. spol.* quæ constitutio edita est quinquaginta annis post promulgationem canonis *redintegranda*. In illo capitulo satis clarè sermo est de singulari successore, scienter in vitiosam possessionem succedente, & statuitur, contra hunc dari restitutionem; & quia hunc specialiter in quæstionem adducit, videtur supponere, id non procedere contra possessorem bonæ fidei. Et quia hoc capitulum est alterum Remedium contra Spoliatores, placet ejus verba referre, quod est Innocentii III. [Sæpè contingit, quòd spoliatus per spoliatorem in alium re translatâ, dum adversus possessorem non subvenitur, per restitutionis beneficium eidem spoliato commodo possessionis amisso, propter difficultatem probationum Iuris proprietatis amittit effectum. Unde non obstante Iuris civilis rigore sancimus, ut si quis de cætero NB. scienter rem talem receperit, cùm spoliatori succedat quasi in vitium (eò quòd non multùm intersit, quoad periculum animæ injustè detinere, ac invadere alienum) contra possessorem, & hujusmodi spoliato per restitutionis beneficium succurratur.]

385. QUÆRITUR 3. Quanto tempore duret hoc beneficium cap. *Redintegranda* &c. *sæpè cit.* ℞. Omissis variis distinctionibus quas adhibet Menochius, & quæ involvunt aliqua alibi dicenda, per se loquendo hoc Beneficium esse perpetuum, & à quibusdam ad 30. ab aliis ad 100. annos extendi. *Mynsinger cent.* 3. *observ.* 85.



R. P. CHRI-



R. P. CHRISTOPHORI HAUNOLDI E SOCIETATE JESU,

TRACTATUS IV.

DE DIVERSITATE JURIUM, SECUNDUM DIVERSA GENERA PERSONARUM.

CAPUT PRIMUM.

DE DOMINIO RELIGIOSORUM.

CONTROVERSIA I.

An Status Religiosus pugnet cum Dominio.

SUMMARIUM.

IN duplici sensu quæstio hæc agitari potest. Primus est, an Communitas Religiosa sit capax dominii. Secundus, an Religiosus aliquis in particulari, salvo Religionis statu, possit esse capax dominii. Quoad primum sensum

1. Navarrus 2. De Regular. docet negativam, concedens Communitatibus solam administrationem: Dominium verò tribuens Christo. Contra quem

DICENDUM est, Communitatem Religiosorum (exceptis excipiendis) esse capacem dominii

Dominii propriè dicti tam immobilium quàm mobilium bonorum. Non probo Conclusionem argumento quo post alia utitur Card. de Lugo, & ex eo alii, quòd nempe ipsum paupertatis votum videatur tale dominium in communi supponere: nam eo ipso, inquit, quòd subditus promittit, se non usurum bonis temporalibus, nisi dependenter ab aliis, nempe ab iis, qui nomine conventûs ea administrant, supponit eorum dominium penes communitatem esse. Hoc, inquam, mihi non videtur aliquid probare: nam etiamsi Communitas haberet meram administrationem, & esset dominium penes Pontificem, ut dicitur de PP. Franciscanis, adhuc votum paupertatis hoc totum contineret: nec video bonitatem consequentiæ & suppositionis.

2. Probatur Conclusio 1. Ex Extravag. *Exiit.* de V. S. ubi Nicolaus Papa III. de Minoribus in specie dicit, quòd non habeant dominium bonorum quibus utuntur, sed quòd illud ad Pontificem spectet, & hoc contra opinionem Ioannis XXII. ergo supponit Pontifex, apud alios Religiosos posse esse dominium.

Probatur 2. Et efficaciùs ex Conc. Trid. *sess.* 25. *c.* 3. *de Regularib.* ubi continetur privilegium (cui Societas Jesu renuntiavit quoad domos professas, ut habetur decr. 33. Congr. 2. Gener.) his verbis. *Concedit S. Synodus omnibus Monasteriis, & domibus tam virorum quàm mulierum, & mendicantium, exceptis domibus fratrum S. Francisci, Capucinorum, & eorum qui Minorum de Observantia vocantur* (sub qua exceptione non comprehendi Moniales S. Claræ censuit Congregatio Concilii) *etiam quibus, aut ex Constitutionibus suis erat prohibitum, aut ex privilegio Apostolico non erat concessum, ut deinceps bona immobilia eis possidere liceat.* Unde subsumitur. atqui Administrator non dicitur possidere bona quæ administrat, quia non suo nomine detinet: ergo &c. Et sanè oportuisset Navarrum adducere & assignare effectum aliquem dominii propriè dicti, qui non conveniret Communitatibus Religionum defacto habentium bona immobilia; alioquin nodum in scirpo quærit. Utique non dicet, quòd Pontifex posset ad libitum & sine causa transferre bona ab uno Monasterio ad aliud, quod tamen posset, si sola Administratio penes Communitates esset, sicut potest Princeps transferre bona unius Castri sui ad aliud, augendo administrationem unius, & minuendo administrationem alterius.

3. Probatur 3. Non potest assignari unde proveniat hæc incapacitas. Non enim provenit ex Ordinatione aliqua Ecclesiæ: nam nulla talis potest assignari, sed benè in contrarium, ut patet ex decreto relato Conc. Trid. Non item ex intentione voventium. Nam intentio voventium adeo non potest Communitatem reddere incapacem Dominii, ut ne quidem possit ipsum voventem reddere incapacem, seclusâ Ecclesiæ auctoritate, votum quoad hoc solennizante aut confirmante. Nam ut acutè perspexit P. Suarez *to.* 3. *de Rel. lib.* 8. *c.* 7. *n.* 23. quantumcunque quis vellet se privare habilitate quâ habet ad dominium, non posset, sicut non posset (addo ego) se inhabilitare ad matrimonium: itaque hæc inhabilitas non est materia voti, sed potiùs est effectus voto adjunctus ex institutione Ecclesiæ, quâ institutione suppositâ, est etiam ille effectus voluntarius voventi, quia volendo causam vult effectũ. Sed neque ex intentione offerentium talia bona pertinent illa bona ad alium quàm ad Communitates, quia taliter volunt ab illis haberi, qualiter possunt: ergo quamdiu aliunde non probantur incapaces, intentio donantium vult omni meliore modo ad illos, adeoque jure dominii pertinere.

Fundamentum Navarri solvetur in cap. seq. de dominio Clericorum, contra quod æquè pugnat, ut agnoscit Navarrus.

4. Quoad secundum sensum imprimis certum est, Religiosos solenniter professos in particulari esse incapaces omnis dominii, & Juris rerum temporalium, seu ad bona fortunæ spectantium, tam mobilium, quàm immobilium, ità ut nemo illorum aliquid tanquam verè proprium tenere possit. Adducitur imprimis can. *Non dicatis.* ca. 12. q. 1. (quod est S. Augustini *serm.* 3. *de communi vita Cleric.*) *Non dicatis aliquid proprium, sed sint vobis omnia communia.* Sed hic locus facilè posset aliũ sensum admittere, quòd non probet incapacitatem, sed solam spontaneam abdicationem factam, & voluntatem habendi omnia pro derelicto, sicut in primitiva Ecclesia Actor. 4. 32. legitur: *nec quisquam eorum, quæ possidebat, aliquid suum esse dicebat, sed erant illis omnia communia.* Fortiùs probatur ex cap. 6. *de statu Monach.* ibi. [Nec æstimet Abbas, quòd super habenda proprietate possit cum aliquo Monacho dispensare, quia abdicatio proprietatis, sicut & custodia castitatis, cum eo est annexa regulæ Monachali, ut contra eam nec Summus Pontifex possit licentiam indulgere.] & cap. 2. eodem ex Conc. Lateran. ibi circa med. [Qui verò peculium habuerit, nisi ab Abbate fuerit ei pro adjuncta administratione permissum, à communione removeatur altaris, & qui in extremis cum peculio inventus fuerit, & dignè non pœnituerit, nec oblatio pro eo fiat, nec inter Fratres accipiat sepulturam.] Clarissimè etiam decernitur in Trid. sess. 25. c. 2. de Regul. [Nemini Regularium tam virorum quàm mulierum liceat bona immobilia vel mobilia cujuscunque qualitatis fuerint, etiam quovis modo ab eis acquisita, tanquam propria, aut etiam nomine conventûs possidere vel tenere: sed statim ea Superiori tradantur, conventuique incorporentur.

5. Se-

5. Secundò certum est, hanc incapacitatem non esse ità propriam solennitati votorum, ut non possit ex constitutione Ecclesiæ etiam reperiri in voto non solenni. Constat ex votis Coadjutorum Formatorum Religionis Societatis JESU, qui voto paupertatis non minùs redduntur incapaces dominii, (quamdiu in Societate manent) quàm Professi, sicut etiam inhabiles ad matrimonium redduntur tam Coadjutores, quàm Scholastici per votum Castitatis non solenne, de quo videndæ sunt Bullæ Pontificiæ, quas non refero, quia ad materiam præsentis Tractatûs non faciunt.

6. Tertiò certum est, Religiosos etiam Professos, in particulari consideratos, esse capaces Iurium & Bonorum spiritualium, & quasi dominii eorum, v. g. Beneficii, Iuris eligendi, Iuris alimentorum, Iuris manendi in tali Cœnobio: ad quæ Iura tuenda possunt agere nomine proprio, utique remediis acquirendæ, retinendæ, & recuperandæ possessionis. Nam his bonis non renuntiant per votum paupertatis, ut tradit *D. Thomas. 22. q. 186. a. 7. ad 4.*

7. Quæstio nunc est, an sicut Ius ad hæc bona spiritualia nihil pugnat cum statu Religioso, ità quoque non pugnet Ius & dominium rerum temporalium, ità ut votum paupertatis Religiosæ non inducat incapacitatem dominii, sed solùm tollat omnem licentiam utendi his bonis independenter à consensu Superioris, à quo etiam pendeat voluntas subditi in dominio retinendo, debeàtque paratus esse, illud à se abdicare, quando & quo modo Superiori visum fuerit.

8. DICENDUM est, non solùm nullam hujusmodi repugnantiam esse, sed de facto exstare Religionem Societatis JESU, in qua illi qui post Novitiatum edunt Vota Simplicia, sunt Dominiorum capaces, donec ad ultima vota, sive solennia (ut sunt Professi) sive non solennia, hoc est, per Dimissionem dissolubilia (ut sunt vota Coadjutorum Formatorum, tam spiritualium, quàm temporalium) admittantur. Est conclusio stabilita Bullis Pontificum, contra adversarios hujus Instituti: & ne testibus domesticis utar, audiatur Augustinus Barbosa lib. 1. Iuris Eccles. c. 41. n. 191. [Adscripti enim huic Societati postquam emiserint tria vota simplicia, NB. verè & propriè sunt Religiosi, ut definiunt Sanctæ mem. Greg. XIII. in sua Const. *Quantò fructuosiùs.* & in alia. *Ascendente Domino.* tradunt Navarr. *Comment. 1. de Regular. n. 19.* Mandos. *Conf. 13. n. 3. & seq.* Fr. Emanuel *quæst. Regular. to. 1. q. 1. a. 4. & q. 56. a. 1.* Carolus Tapia *in auth. ingressi V. Monasteria. c. 10. n. 8. C. de Sacr. Eccles.* Joann. de Cruce *de statu Relig. l. 1. c. 2. concl. 5. V. ex dictis.* Nicol. Garcia *de Benef. p. 7. c. 10. n. 53. V. & clariùs patet.* Aldrete. *in allegat. pro omnimoda Regul. exempt. p. 2. c. 7. n. 5. &c.* quæ quidem emissio votorum simplicium non fit irrevocabiliter, quoad ipsam Societatem, cujus Superior Generalis potest eos semper dimittere cum causa, etiam absque illorum culpa, juxta statuta dictæ Religionis, & confirmationis Apostolicæ. Unde ut majorem Societas haberet libertatem, illos, si opus esset, cum minori offensa dimittendi, sapienter fuit provisum, ut eis liceret retinere Bona sua, & Beneficia, ne postea dimissi eis privati remanerent, ut in *Const. p. 4. c. 4. litt. E. in fine, & p. 6. c. 2. litt. H.* quæ ratio expressè legitur in d. constit. Gregor. Ascendente Domino, quod his temporibus & in hac Religione speciale est, ac diversum ab aliis Religionibus, ut in puncto tradunt Vasquez. *p. 2. to. 2. d. 165. n. 104. in fine.* Molina. *tr. 2. disp. 139. col. 3. illi qui finito.* Less. Mirand. Ribad. Nicolaus Garcia, &c.] Hact: Barbosa.

9. Unde satis ignorantiam suam (ne quid ampliùs dicam) prodidit nuper publicis thesibus quidam non Academicus Theologus, dum assereret, hos non esse Religiosos, nisi *conditionatè.* quam subtilitatem hactenus inauditam, nescio ex quo scrinio produxerit. Dedocendus est errorem, exhibendo illi verba Bullarum, quas malo dicere eum ignorâsse, quàm ausu temerario contradixisse.

10. Itaque Gregorius XIII. in Bulla, *Quantò fructuosiùs, sub dat. Romæ Calend. Febr.* 1582. Sic loquitur:

[Quantò fructuosiùs in colenda Domini vinea se exercet Veneranda JESU Societas, dignísque æternâ mercede operariis abundare conatur, tantò propensiùs contendimus eam, religiosámque subinde, quam instituit prolem, unde tota Respublica Christiana ubique sublevatur, prosequi, & confovere; simúlque omnia removere, quibus, & spiritualis eorum profectus retardari, & charitatis fervor, qui ab jisdem in regeneratas pretioso Domini nostri JESU Christi Sanguine animas, se diffundit, alicubi frigescere, aut in lubricum defluere posset. Cùm enim sicut juxta dictæ Societatis Constitutiones, & laudabile Institutum à fel. rec. Paulo III. & Julio etiam III. confirmatum, ac etiam à Paulo. IV. Romanis Pontificibus, Prædecessoribus nostris, diligentissimè examinatum, & à Concilio Tridentino commendatum, Societas ipsa non solùm Professis, & Novitiis NB. sicut & reliqui Regulares Ordines, constet: sed varii in eadem Societate Religiosarum personarum gradus sint, in quibus singuli, juxta commissi cuique à magno Patrefamilias talenti mensuram, & Præpositorum suorum directionem, Altissimo famulantur. Sicut enim finis dictæ Societatis, fidei propagatio & defensio, animarúmque in vita, & doctrina Christiana progressus: ità etiam gratiæ ejus vocationis proprium est, diversa loca ex Romani Pontificis, ac Præpositi Generalis ejusdem Societatis directione, peragrare, vitámque in quavis mundi parte agere, ubi laboriosam eorum

operam, & industriam fructuosam, copiosiores salvandarum animarum proventus, ad Dei æterni gloriam consequi posse sperantur: ad quem finem Spiritus Sanctus, qui bonæ memoriæ IGNATIUM Loyolam ipsius Societatis Institutorem, ejúsque Socios excitavit, Media etiam præclara maximéq; opportuna hujus Sedis ministerio eis tribuit atque confirmavit, publicarum scilicet prædicationum Verbi Dei ministerii cujuscunque, Spiritualiúmque Exercitiorum, & charitatis operum, Pœnitentiæ, & Eucharistiæ Sacramentorum administrationis, ac frequentis usûs. Ad quæ pro dignitate exequenda, & ad difficultates superandas, subeundáque pericula, quibus dictæ Societatis Religiosi in hujusmodi excursionibus, & ministeriis exponuntur, cùm hæc magnum, tum virtutis, tum devotionis præsidium postulent, statutum est, ut, & Novitii in Societate prædicta per Biennii spatium probentur; & qui expleto Novitiatu litteris operam dederint, illorum studiis absolutis Tertium etiam annum Probationis in humilitatis exercitiis expendant, ut si qua in re vel hujus virtutis amor, vel pietas, ac devotionis fervor, per litterarum occupationem distractus intepuerit, per earundem virtutum frequentiorem exercitationem, & divinæ gratiæ ardentiorem invocationem restauretur. Qui enim Professionem emittere debent, eos vocatio hæc viros in vitæ puritate, ac litteris conspicuos, diuturnísque, ac diligentissimis experimentis probatos, cósque Sacerdotes, & in Verbi Dei ac Sacramentorum administratione diu multúmq; versatos, exigit, ut & Constitutionibus dictæ Societatis, & à summis Pontificibus est decretum. Sed neque omnes ad eandem professionem idonei esse possunt, neque qui temporis progressu futuri sunt, tales evadere, aut cognosci sine longa exercitatione atque experimento. Quapropter Societatis Corpus in sua membra, ordinem, & gradus idem IGNATIUS divino instinctu ità duxit disponendum, ut biennio Novitiatûs absoluto, omnes qui in Societate perseverare voluerint, tria vota substantialia quidem Paupertatis, Castitatis, & Obedientiæ, Simplicia tamen, emittere debeant, ac Novitii esse desinant. Quibus votis emissis in corpus ejusdem Societatis cooptati, & quantùm ex parte ipsorum perpetuò obligati remanent. Quodsi injusti discedant, Apostasiæ notam, & excommunicationis, ac alias, quibus ipsi Professi subjacent, pœnas incurrunt; quamvis rationabili ex causa, juxta Constitutiones easdem, ab ipso Præposito Generali dimitti, & votis hujusmodi liberari possint. Quæ omnia ipsis primo ingressu per aliquot dies in separata habitatione constitutis antequam ad aliorum Novitiorum communem convictum admittantur, in ipsius Societatis Privilegiis, Constitutionibus, & Regulis considerandа traduntur. Biennio itaque Novitiatûs completo, & emissis votis simplicibus, una est omnibus omnino vivendi, & obediendi ratio, debéntque omnes in communi vivere, ac in omnibus obedire non secùs ij qui professionem non emiserunt, quàm professi. Quod verò ad Paupertatem attinet, quamvis NB. Bonorum suorum Ius atque Dominium justas ob causas pro Superiorum arbitratu ad tempus retinere valeant, ut in pios usus, juxta Evangelicum consilium distribuant, in illorum tamen usu religiosam paupertatem servant, nec ullâ re tanquam propriâ, & sine Superioris facultate uti possunt. Peractis igitur hujusmodi probationibus, & experimentis, cùm dictæ Societati fuerit per ea in Domino satisfactum, quos idem Præpositus Generalis idoneos judicat, eos vel ad Professionem per vota solennia, vel ad gradus Coadjutorum Formatorum Spiritualium si Sacerdotes, vel Temporalium, si Laici sint, per vota eadem publicè emissa, quamvis non solennia, juxta Constitutiones admittit. Quibus emissis eo ipso nihil omnino proprii ampliùs, vel domi, vel foris habere possunt, fiúntque incapaces cujusvis hæreditariæ successionis, nec propter emissa hujusmodi vota publica, aut per mortem ab intestato, in illorum, sicut nec in Professorum bonis, Domus ulla, aut Ecclesia, vel Collegium dictæ Societatis succedere potest. Et licèt eos qui post biennium Novitiatûs emensum dicta tria vota simplicia, sicut ab hac Sede probata sunt, emittentes, & extra Novitiorum numerum habiti, ac in corpus ipsius Societatis cooptati, illiúsque meritorum, & privilegiorum non secùs atque ipsi Professi, ex prædictæ Sedis dispositione participes effecti, quíque quantùm in eis est, & professionem emittere parati, si ipse Præpositus Generalis id prædictæ Societatis Instituto congruere judicaverit, & in perpetuum Dei servitio consecrati, ac suâ sorte, prout illorum laudabile Institutum exigit, contenti, ac denique Excommunicationis, & aliis Apostatarum pœnis subjecti sint, NB. verè, & propriè Religiosos esse compertum sit: nonnullorum tamen animos, qui pii alioqui, & utiles operarii existunt, sollicitari & affligi interdum contingit, quasi non sint Religiosi, eò quòd non sint Professi: Nec etiam desint, qui Religionis prætextu, transfigurante se Satana in Angelum lucis, non solùm eâ occasione inquieti sunt, sed etiam aliorum pacem & vocationem disturbare, cósque in fraudem, & defectionem deducere conantur, unde gravissima posset hæc Religio, tantopere utilis, & ubique ab omnibus expetita, concipere detrimenta. Nos considerantes divinæ sapientiæ atque providentiæ thesauros, pro temporum necessitate varia, & inter se dissimilia, eádemque salubria Ordinum Instituta in Ecclesia sua produxisse, & nunc maximè (ut felicissimi toto orbe successus testantur) mirificos in agro Domini fructus hoc peculiari dictæ Societatis Instituto proferri, quare ad

re ad submovenda circumstantia hujusmodi pericula, eámque in sincera vocatione sua continendam, partes nostras adhibendas decrevimus, ut præcisis hujusmodi perturbationum causis, Religio ipsa, quæ in propagandam Religionem Christianam, emendandósque in ea mores, corde, animo, viribúsque omnibus sine intermissione insistit, votivo munere perfruatur: motu proprio, certáque scientiâ nostrâ, & de Apostolicæ Potestatis plenitudine, laudabile hujusmodi Institutum, ac prædicta, cæteráque omnia dictæ Societatis Privilegia, facultates, exemptiones, immunitates, gratias & indulta, tam à prædictis, quàm aliis Prædecessoribus nostris, & etiam à nobis concessa, Constitutiones quoque & statuta, qualiacunque sint, ea omnia, acsi ad verbum præsentibus insererentur, pro expressis habentes, auctoritate Apostolicâ tenore præsentium approbamus & confirmamus, supplentes omnes Iuris &Facti defectus, si qui intervenerint in prædictis Constitutionibus &Statutis: ac decernentes ex nunc irritum & inane, quidquid secùs super his à quoquam, quavis auctoritate, scienter, vel ignoranter contigerit attentari. Ad hæc dictã Societatem firmo declarationis nostræ præsidio communire volentes, statuimus ac etiam decernimus, non modò eos, qui in CoadjutorumFormatorum, sive Spiritualium, sive Temporalium gradus & ministeria admittuntur, sed etiam alios omnes, & quoscunque qui in ipsa Societate admissi, biennio Probationis à quocunque peracto, tria Vota prædicta, tametsi simplicia, emiserint, emitténtque in futurum.NB. verè & propriè Religiosos fuisse & esse, & ubique semper & ab omnibus censeri & nominari debere, acsi in Professorum prædictorum numerum adscripti fuissent. Præcipimúsque & interdicimus, ne quisquam scrupulum de hoc cuiquam injicere, neve illud in Controversiam, dubium vel suspicionem ponere audeat quoquo modo, &c.] & hæc est prima Bulla ad nostrum propositum faciens.

Sequitur altera, quæ incipit. *Ascendente Domino*. in qua omnia repetuntur prioris Bullæ, & alia specialia nostri Instituti, quæ quia ad punctum de quo agimus, non faciunt, ideo illis prætermissis, refero quæ huc pertinent.

In hac ergo Bulla Pontifex obviaturus calumniatoribus nostri Instituti, sic loquitur. [Quæ Societas Jesu (quemadmodum, & alia nascentium Regularium Ordinum exordia) à spiritu contradictionis impugnatur; cúmque ipsi Ordines Romanorum Pontificum propterea constitutionibus circummuniri consueverint, cujus rei Sanctorum Dominici & Francisci præclarissimi Ordines exempla abunde suppeditârunt, ità Nos, licèt aliàs Institutum prædictum, Privilegia & Constitutiones ipsius Societatis confirmaverimus,& declaraverimus, motu proprio statuentes, eos, qui Biennio Novitiatûs peracto, tria vota, tametsi Simplicia, emiserunt, esse verè & propriè Religiosos, cum præcepto, ne quis hæc in dubium revocare audeat, ac cum irritante & aliis Decretis, prout in nostris super hoc confectis litteris pleniùs continetur. Quia tamen non defuit temeraria quorundam audacia, qui post declarationem, decretum, præceptum, & interdictum nostrum hujusmodi non solùm multa ex prædictis, & fortassis alia ad Societatis Institutum ac vivendi formam spectantia, labefactare, sed & ipsa Apostolica decreta ac præcepta publicè, & ex cathedra ausu temerario impugnare, mentémque nostram perversè interpretari non erubescant, disputantes, & prædicta in dubium revocantes, omniáque, NB. ex aliorum Regularium Ordinum communibus rationibus, formis ac statutis metientes, Societatis Institutum, peculiares Constitutiones, ac vim Votorum Simplicium illius, à Sede Apostolica in eadem Societatis Religione probata admissorum, penitus ignorantes, ac nonnulla Jure antiquo, quæ post illud successu temporum hujus Sedis auctoritate, approbatione & confirmatione, ac peculiaribus privilegiis sancita & roborata esse dignoscuntur, perperam interpretantes convellere nituntur. Quin etiam Nos supradicta Motu simili, & ex certa Scientia de Apostolicæ potestatis plenitudine decernentes ac præcipientes, privato sensu locutos fuisse, ac tanquam Privatos Doctores errare potuisse, imò verè & defacto ob falsam supradictorum informationem, errâsse, ideoque præceptum nostrum nullam ad obligandum vim habere: Neminem præterea eorum, qui solennem Professionem in dicta Societate non emiserunt, de illius corpore, aut verè & propriè religiosum esse posse, sed eos merè Sæculares, ac Ordinariorum Jurisdictioni subditos existere, nec Societatem ipsam, aut illius Superiores, imò nec Nos jus in eos ullum ex vi votorum hujusmodi habere, vel acquirere, aut Supioribus ipsis conferre posse: non considerantes NB. Voti Solennitatem solâ Ecclesiæ Constitutione inventam esse, triáque hujusmodi Societatis Vota, tametsi Simplicia, ut Substantialia Religionis vota ab hac Sede fuisse admissa, illáque emittentes in statu Religionis verè constitui, quippe qui per eã ipsa se Societati dedicant, atque actu tradunt, séque divino servitio in ea mancipant, in quibus Votis nullus præter Romanum Pontificem potest manũ apponere: alíisq; atque aliis modis Societatẽ ipsam impetunt, universali Ecclesiæ perutilem, quæ diversis functionibus & personarum gradibus distributa, à Romanis Pontificibus Præsbyterorum, à Tridentina Synodo Clericorum Religio appellata, habitu, nomine, plerisque personarum gradibus votorúmque differentiis, ab aliis Regularibus Ordinibus distinguitur. Quibus etiam adjungunt, licere iisdem non Professis, etiam invitis dictæ Societatis Superioribus, ad quosvis Regulares Ordines se transferre, Transgressoresque horum voto-

votorum, ac inobedientes, aut etiam uxorem ducentes, nullam ipsi Societati injuriam facere, imò posse Episcopos cum eis dispensare, ut invitis etiam Superioribus eisdem uxorem ducant. Quibus cùm glossatores & obtrectatores hujusmodi suâ falsâ doctrinâ favere pergunt, horum votorum naturam, & pœnarum vim non intelligentes, vel eludere conantes, eò sunt progressi, ut etiam vi facultatum, quæ litteris Indulgentiarum Cruciatæ sanctæ nuncupatarum continentur, omnes transfugas, & ab ipsa Societate deficientes non Professos, quoties ab ea defecerint, ab Excommunicationis latæ Sententiæ pœna à quocunque Confessario absolvi posse; nullámque ipsi Societati suis operariis privatæ injuriam fieri, aut præjudicium generari existiment, sed & votorum substantialium Religionis prædictæ, ac Decretorum contra eosdem Apostatas Sedis hujus auctoritate editorum, vim, quantùm in eis est, enervare contendant. Insuper asserunt, non posse vota aliqua in sæculo emissa, in tria hæc substantialia Societatis commutari, cùm tamen hæc vota sint Status, ut præfertur, Religiosi adeo utilis & perfecti, ut illa in hæc possint, hæc verò in aliorum Ordinum etiam Solennia vota commutari, sit ab hac Sede justis de causis interdictum. Nec etiam desunt alia, quæ in animarum suarum præjudicium, Societatis perturbationem, & scandalum plurimorum comminiscantur. Nos universalis Ecclesiæ utilitati, quam ex inviolato & inconcusso dictæ Societatis instituto, & religiosæ sobolis educatione sentimus, & majorem in dies speramus, prospicientes, & præterea ejusdem Societatis indemnitati, paci, quieti & incremento consulere volentes, Motu simili & ex certa scientia nostra, deque Apostolicæ potestatis plenitudine, laudabile ipsius Societatis Institutum, & quæ illud concernunt, præmissa omnia & singula, prædictaque illius ac quæcunque alia privilegia, facultates, exemptiones, immunitates, gratias, & indulta à prædictis prædecessoribus nostris, & à nobis etiam per communicationem concessa, Constitutiones quoque ac Statuta & Decreta qualiacunque, ac si ad verbum præsentibus insererentur, pro expressis habentes, tenore præsentium approbamus, & confirmamus, supplentes, &c. Ad hæc dictam Societatem firmo Sedis hujus præsidio communire volentes, hac nostrâ perpetuâ Constitutione, Motu, Scientiâ & potestatis plenitudine similibus statuimus, atque decernimus, tria vota hujusmodi, etsi Simplicia, ex hujus Sedis institutione, ac nostrâ etiam declaratione & Confirmatione, esse verè substantialia Religionis vota, ac in dicta Societate tanquam in Religione approbata, per Sedem eandem admissa fuisse & esse, ac per Nos admitti, nec in illis à quoquã præter nos, & Sedẽ hujusmodi dispensari, nec ea ullo alio modo, quàm per legitimam dimissionem à Societate cessare posse; & non modò eos, qui in Coadjutorum formatorum sive spiritualium, sive temporalium gradus, & ministeria, ut præfertur, admittuntur, sed & Scholares ipsos, ac supradictos alios omnes, & quoscunque, qui in ipsam Societatem admissi, biennio probationis à quolibet eorum peracto, tria vota substantialia prædicta tametsi simplicia emiserint, aut emittent in futurum, verè & propriè Religiosos fuisse & esse, ac fore, & ubique semper & ab omnibus censeri, & nominari debere, non secùs atque ipsos tum Societatis, tum quorumvis aliorum Regularium Ordinum Professos, suisque Præpositis in omnibus & per omnia obedire, & huic Sedi immediatè subjectos, & à quorumvis Ordinariorum, & Delegatorum, seu aliorum Judicum Iurisdictione omnino exemptos, prout Nos etiam vigore præsentium eximimus: denique ut omnium Societatis Privilegiorum juxta Generalis Præpositi dispositionem sunt participes, ità quoque Excommunicationis Majoris latæ sententiæ, & aliis Apostatarum pœnis, si qui à Societate deficiant, subjacere, ac tanquam veros Apostatas puniri posse: nec à quoquam nisi per Nos, & Sedem prædictam, aut Generalem Præpositum ab ijsdem pœnis absolvi, nec ante hujusmodi absolutionem & à Societate Dimissionem, Matrimonium contrahere, quin imò eos omnes ad contrahendum inhabiles, ac contractus hujusmodi nullos & irritos esse, prout irritos facimus, & annullamus. Et ut contradicentium audacia coërceatur, præmissas omnes & quasvis alias illis similes asserriones, contra dictæ Societatis Institutum, vel quomodolibet in illius præjudicium pronuntiatas aut scriptas, falsas omnino & temerarias esse & censeri debere. Præcipimus igitur in virtute S. Obedientiæ, ac sub pœnis excommunicationis latæ sententiæ, nec non inhabilitatis ad quævis officia & beneficia sæcularia, & quorumvis Ordinum Regularia, eo ipso absq; alia declaratione incurrendis (quarum absolutionem Nobis & Successoribus nostris reservamus) ne quis cujuscunque status, gradûs, & præeminentiæ existat, dictæ Societatis Institutum, Constitutiones, vel etiam præsentes, aut quemvis earum, vel supradictorum omnium articulum, vel aliud quid supradicta concernens, quovis NB. disputandi, vel etiam veritatis indagandæ quæsito colore, directè vel indirectè impugnare, vel eis contradicere audeat, districtius inhibentes, ne quis sive extra sive intra dictam Societatem, nisi de illius Generalis, aut inferiorum Præpositorum licentia, notationes, declarationes, glossas, vel scholia ulla super præmissis facere, vel ea, nisi quantùm verba ipsa sonant, interpretari, aut de eis disceptare, seu scrupulum cuiquam injicere, vel in Controversiam, aut dubium revocare audeat quoquo modo; nec glossas, aut interpretationes sive impressas, seu scriptas, ad id pertinentes, legere, docere, aliisque tradere, vendere, vel apud se retinere præsumat: si quid verò dubii de ijsdem

ijsdem oriri contigerit, ad Sedem prædictam, vel ad Generalem Præpositum dictæ Societatis, aut ad eos, quibus id ipse commiserit, referatur. Sicque in præmissis omnibus, & singulis, per quoscunque Iudices, &c.]

11. In has Bullas, & Constitutiones Pontificias peccârunt duo Theologi nuper; alterius jam suprà memini, qui dixit, nostros Scholasticos esse *Religiosos conditionatè*. Alter asseruit, Solennitatem votorum in Societate Professorum, esse inferioris notæ, & gradûs, atque est solennitas Professorum aliorum Ordinum, eò quòd illorum solennitas sit tantùm Iuris humani, horum verò Iuris divini; quem errorem redarguit Gregorius XIII. ut vidimus. Ex earundem Bullarum ignorantia quidam Causidicus famosissimus, cùm antè nullâ unquam causâ (ut dicebatur) cecidisset, in una, quâ de dominio cujusdam Scholastici lis mota erat, succubuit, ut ipse fassus est.

12. Probatur nunc Conclusio etiam Ratione. Quia Dominium ligatum, nec potens exerceri sine superioris licentia, & etiam ad ejusdem nutum abjiciendum, nihil obstat perfectioni acquirendæ ab ipso subdito, ut docet Suarez to. 4. de Relig. l. 4. c. 4. n. 12. ille enim verè affectu, & effectu pauper est, qui spontaneo voto reddit sibi turpem usum cujuscunque rei sine consensu, & licentia Superioris: in æstimatione enim morali, non aliter suis bonis gaudet, quàm si illorum dominium non haberet, & in effectu censetur omnium rerum usum, qui illi conceditur, habere precariò.

13. Probatur Conclusio denique, investigando originem hujus incapacitatis annexæ votis Solennibus Religiosorum. Colligere autem eam possumus ex pluribus Canonibus, quibus indicatur eam esse introductam à Justiniano Imperatore, approbantibus tacitè, vel expressè summis Pontificibus, prout plura contenta in secundo, & tertio titulo Codicis approbata sunt, quæ absque hac approbatione robur non habebant, cùm Imperatores non habeant se solis potestatem aliquid statuendi circa res, aut personas Ecclesiasticas.

14. Primus textus habetur. *can. 7. ca. 19. q. 3.* qui est Gregorii M. *lib. 7. indict. 2. Epist. 7. ad Episcopum Caralitan.* [Quia ingredientibus Monasterium convertendi gratiâ, ulteriùs nulla sit testandi licentia, sed res eorum ejusdem Monasterii juris fiant, apertâ NB. legis definitione sancitum est.] Quibus verbis indicat leges Justinianeas quæ extant in Codice. Nam Novell. 123. c. 38. sic habetur. [Si qua mulier, aut vir Monasticam elegerit vitam, & intraverit Monasterium, filiis non exstantibus, Monasterio quod ingreditur, res ejus competere jubemus. Si verò talis persona filios habeat, & non antequam intret Monasterium, de suis rebus fecerit dispositionem, & legitimam partem filiis deputaverit, etiam sic liceat ei, postquam Monasterium ingreditur, suam facultatem in proprios dividere filios; ità tamen ut nulli filiorum suam minuat legitimam partem: quam verò non dederit filiis partem, Monasterio competat. Si verò omnem substantiam inter filios dividere voluerit, propriâ suâ personâ filiis connumeratâ, unam sibi partem omnibus modis retineat, quæ debeat Iuri Monasterii competere. Si verò in Monasterio degens moriatur, antequam inter filios suos proprias distribuat res, legitimam partem filii percipiant, reliqua verò substantiæ pars Monasterio competat.] Quod autem in hac Constitutione dicitur, posse Religiosum etiam post professionem sua inter liberos distribuere, servatâ parte legitimâ, hoc interpretes dicunt intelligendum esse de jure liberæ administrationis, non verò dominii, quæ administratio non repugnat voto solenni paupertatis, ut tradit Navarrus comment. 2. *de Regularib. n. 16. & seqq. & n. 57.* Quamvis Felinus, Decius, & Baldus velint, non esse inconveniens, Religiosum professum retinere dominium ad breve tempus.

15. Deinde Novella 5. cap. 5. sic habet. [Illud quoque decernimus, qui in Monasterium introire voluerit, antequam Monasterium ingrediatur, licentiam habere, suis uti quo voluerit modo. Ingredientem namque simul sequuntur omnino res, licèt non expressim, qui introduxerit eas, dixerit: & non erit NB. Dominus earum ulteriùs ullo modo. Si verò filios habuerit, &c.]

Alter textus habetur in *cap. 2. de testament.* in fine. *Res ipsius eidem loco, ex quo illic ingressa & Abbatissa constituta est, de jure competere.*

16. Tertius locus habetur in Conc. Oxoniensi IV. cap. antepen. [Quoniam non licet viris Religiosis aliquid proprium possidere, qui se & sua pariter in ipso Religionis ingressu Domino dedicârunt; præsenti auctoritate definimus, ut nulla persona in regulari ordine constituta condere testamentum præsumat, cùm nihil habeat suum temporale, quod transferre valeat in dominium alienum.]

17. Quartus textus est in cap. 6. de statu Monach. ubi Innoc. III. sic constituit. [Prohibemus quoque districtè in virtute obedientiæ, sub obtestatione divini Iudicii, ne quis Monachorum proprium aliquo modo possideat, sed si quis aliquid habeat proprii, totum in continenti resignet.] Claudit illud cap. Pontifex his verbis. [Nec existimet Abbas, quòd super habenda proprietate possit cum aliquo Monacho dispensare: quia abdicatio proprietatis, sicut & custodia castitatis, adeo est annexa Regulæ Monachali, ut contra eam nec Summus Pontifex possit licentiam indulgere.] Quæ ultima verba sic intelligenda sunt, quòd Pontifex non possit, stante Religionis naturâ, dare Monacho aut cuicunque Religioso licentiam habendi dominium,

 quod

quod in se & sui usu sit omnino independens ab arbitrio Superioris, hæc enim licentia extraheret hominem ex statu Paupertatis, & sic tolleretur status Religiosus. Ità Lessius n. 22. interpretatur hunc textum, & patet ex toto contextu. Eandem interpretationem tradit Suarez lib. 8. de Paup. c. 12. n. 14. adducens pro ea Turrecrem. Sylvestrum, Cordubam. Quòd autem Pontifex possit approbare Religionem, cujus Religiosus habeat dominium dependens à nutu Superioris, cæteri Pontifices definiverunt, ut patet ex Bullis relatis.

CONTROVERSIA II.

Quomodo, & quænam bona Religio ratione suorum Religiosorum acquirat.

SVMMARIVM.

Aliquæ Religiones profitentur paupertatem, ut earum Monasteria, Domus, aut Collegia non succedant suis Professis ab intestato. 19.

In cæteris bona Professi, de quibus ante professionem non disposuit, perveniunt ad Monasterium. 20.

Si Religiosus Testamentum fecit, nihilominus bona ad Monasterium pertinent usque ad mortem naturalem Religiosi quoad usumfructum, nec potest testamentum revocare. 21.

An usufructus, quem pater habebat in bonis filii, per professionem patris veniat ad Monasterium, aut per professionem filii consolidetur cum proprietate. 22.

An sicut pater professus debet liberis assignare legitimam, ità filius carens descendentibus debeat assignare ascendentibus. 23.

Quo sensu Monasterium dicatur esse loco filii. 24.

An Emphyteusis perveniat ad Monasterium per professionem. 25.

Idem quæritur de Feudis. 26.

Quid si in horum concessione adjecta sit conditio, ne transferatur ad Ecclesiam. 27.

An Ius Patronatûs transferatur in Monasterium. 28.

An Monasterium succedat in fideicommisso, excluso substituto. 29. *& seqq.*

Si non adjecit conditionem, valeret substitutio. 33.

Casu quo testator in specie cavisset: si hæres professus fuerit. *adhuc hæc conditio pro non adjecta haberetur, & substitutio esset nulla.* 35.

Prælatio Monasterii non fundatur in præsumptione, sed in puro favore. 36.

§. I.

Quænam acquirat per ipsam Professionem.

18. Tametsi videri posset hæc quæstio ad sequentem Tractatum de Modis acquirendi Dominia pertinere, rectiùs tamen hîc tractabitur, quia ad sequentem Tractatum pertinent illi modi acquirendi, qui consistunt in aliquo facto hominis eò directo, ut dominium acquirat ille, qui tale factum ponit: talis autem non est præsens acquirendi modus, ut patet.

19. Distinguendum ante omnia est inter duo Religionum genera. Aliquæ talem profitentur Paupertatem, ut earum Monasteria, Domus, aut Collegia non succedant suis Professis ab intestato. Unde si illarum Religiosi Intestati Professionem emittant, neque priùs de suis bonis inter vivos disposuerint, continuò omnia eorum bona pertinent ad hæredes ab intestato; ipsi autem Professi fiunt incapaces deinceps Iuris, aut dominii quorumcunq; bonorũ, non solùm considerati quoad suam particularem personam, sed etiam, ut sunt membra talium Monasteriorum, ità ut ne quidem Monasteria eorum loco, ac nomine ullum jus habere possint, v. g. succedendi cognatis, &c. quia reputantur mortui per ipsam professionem, perinde acsi naturaliter mortui essent. Hujusmodi sunt omnes Domus, & Collegia Societatis Iesu, item Monasteria Fratrum Minorum de Observantia, & cæterorum, qui strictiùs adhuc Regulam Divi Francisci observant. In Societate nostra quoad hoc punctum veniunt non solùm Professi, sed etiam Coadjutores Formati; non tamen illi qui post Novitiatum sola Vota Simplicia ediderunt, quíque Dominii capaces adhuc sunt. Si quis autem ex his Religiosis testatus profiteatur, aut ultima vota emittat, ejus testamentum, aut alia ultima voluntas per Professionem non secùs confirmatur, quàm si tunc naturaliter mortuus esset; ac proinde, non exspectatâ morte naturali, statim fit executio.

20. Reliquarum Religionum Monasteria & Domus hanc inhabilitatem non habent. Sed eò ipso, quòd quis in ejusmodi Monasteriis ritè profiteatur, bona omnia ipsius, de quibus ante Professionem saltèm per ultimam voluntatem non disposuerat, perveniunt ad Monasterium (juxta leges es præced. Contr. adductas,) non solùm quoad proprietatem, sed etiam quoad possessionem, si Monachus ea possederat. Auth. *Nunc autem. C. de Episc. & Clericis. Auth. Ingressi, & Auth. si quà mulier. C. de SS. Eccles.* quarum verba sup: recitata sunt. Tenetur tamen Monasterium ad omnia debita talis Religiosi quæ contraxit ante Professionem juxta vires bonorum, vel jam acquisitorum, vel in futurum acquirendorum.

21. Quodsi

21. Quodsi testamentum fecit, aut ultimam voluntatem aliam, nihilominus bona ad Monasterium pertinent, usque ad mortem naturalem talis Religiosi quoad usumfructum, eo modo quoad religiosum ipsum pertinuissent, excepto jure revocandi testamentum aut ultimam voluntatem, quod omninò cessat, ut habet communis sententia contra Bartol. & ratio est, quia sicut non potest post Professionem condere testamentum, ità nec factum revocare. Posset tamen Religiosus in suo testamento aut ultima voluntate disponere, ut statim emissâ professione ad hæredes aut successores pervenirent.

22. DUBITATUR 1. An Ususfructus quem Pater habebat in bonis filii, per professionem patris veniat ad Monasterium: item an Ususfructus quem pater habebat in bonis filii, per professionem filii consolidetur cum proprietate. Utrumque hoc dubium expedivi tract. 2. C. de Servitut.

23. DUBITATUR 2. An sicut (ut Novell. citt. vidimus) Pater professus debet assignare legitimam, ità filius carens descendentibus debeat legitimam assignare ascendentibus, si careat descendentibus, quam illi consequerentur, si in sæculo mansisset, & mortuus ante ascendentes fuisset. Negat glossa in Auth. *si qua mulier. C. de SS. Eccles.* Verior & communis affirmat, & meritò; quia hæc videtur fuisse intentio Imperatoris, & æquitas omnino requirit, nec quidquam obstat.

24. Objicitur. Monasterium habetur loco filii: ergo talis professus juris fictione non caret descendentibus: arg. *cap. in præsentia. de probationibus.* ℞. Hoc solùm verum esse in casibus à jure expressis. Casus autem in d. cap. talis est. Petrus habens duos fratres & unum filium, hunc hæredem instituit, hac conditione, ut si sine liberis decederet, bona filii ad duos fratres devolverentur. Filius deinde Monachus factus omnia sua Monasterio obtulit. Fratres contendebant, ea sibi deberi, quia sine liberis decessit. Sed nihil obtinuerunt, ob hanc causam: quia non est intelligendum, talem sine hærede decedere, qui Monasterium sibi hæredem instituit. Habetur ergo Monasterium pro filio ad excludendum substitutum, non autem ad excludendos hæredes quibus legitima debetur.

25. DUBITATUR 3. An Emphyteusis perveniat ad Monasterium per Professionem. Ratio dubitandi est, quia si ad Monasterium perveniat, cùm Monasterium nunquam moriatur, nulla spes est, ut redeat ad dominum directum, neque unquam solvetur laudemium. Nihilominus respondendum est, venire quidem ad Monasterium, sed cum hoc gravamine, ut (si ità velit dominus directus) teneatur Monasterium eam alienare, transferendo in personam non magis privilegiatam quàm fuerit professus ante professionem. Neque obstant Constitutiones prohibentes alienationem bonorum. cùm enim illæ conditæ sint in favorem Monasteriorum, non habent vim in illis bonis, quæ si alienari non possent, nec etiam acquiri possent, & sic obessent Monasterio; quod autem in favorem alicujus introductum est, non debet in ejus odium detorqueri. l. 6. C. de Legib. & Reg. Jur. Can. 61. in 6. *Quod ob gratiam alicujus conceditur, non est in ejus dispendium retorquendum.*

26. DUBITATUR 4. De Feudis. Variæ adhibentur distinctiones. Communis opinio, quam tenent Decius, Navarrus, Molina Iurista, & alii, affirmat ea pervenire ad Monasterium quoad commoditates feudi, & ad vitam feudatarii. modò sit Francum, hoc est liberum à servitio, vel sit concessum fœminæ, vel cum onere talis servitii, quod à Monasterio quoque præstari possit. Cæterùm huic doctrinæ adversatur Iulius Clarus *lib.* 4. §. *Feudum q.* 78. volens, talem Religiosum reputandum esse tanquam naturaliter mortuum, & in feudum debere succedere, qui eo naturaliter mortuo successisset: quodsi nullus supersit, qui à Iure vocetur, revertetur ad dominum directum. Ratio tamen Iulii Clari nullius est momenti: dicit enim, quòd hoc esset distrahere Monachos ab Instituto suæ Religionis, quod est servire Deo, & abstinere à negotiis & administrationibus sæcularibus. Hæc sanè ratio nimium probat, nempe, quòd nec alia bona requirentia administrationem transirent. Itaque Monasteria benè prospicient administrationi per suos ministros.

27. Illa tamen ejusdem Clari limitatio admitti posset cum Sanchez *c.* 15. *n.* 42. ut communis opinio procedat solùm in feudis inferioribus, non habentibus annexam dignitatem. quamvis nec hæc limitatio ullo jure probetur (nisi coincidat cum una ex limitationibus suprà positis) sed in sola præsumptione domini directi fundetur.

Sed quidsi in concessione Feudi vel Emphyteusis adjecta sit (ut solet) conditio, ne transferatur ad Ecclesiam aut personam potentiorem? Aliqui quos refert & sequitur Sanchez c. 15. n. 65. affirmant adhuc transferri in Monasterium, quia illa translatio in pactum deducta, accipienda est de translatione ex voluntate possessoris, & perpetua, non autem de ea, quæ fit ex Iuris dispositione in consequentiam translationis personæ, & pro ejus vita. Idem docet de quibusvis aliis bonis, eâ lege datis Monacho, ne ea alienet. Respondeo tamen negativè, cum pluribus aliis quos refert Sanchez & sequitur Castro Palao tr. 16. De oblig. stat. Relig. disp. 3. p. 4. n. 8. quia illa subtilis distinctio inter modum alienandi directum & indirectum, non est ex mente concedentis. Finis enim conditionis appositæ est, ne dominus proprietatis, ob Ecclesiæ vel alterius privilegia aut potentiam, obsequio debito privetur, aut laudemium non consequatur. In aliis tamen

men hujusmodi modificatis donationibus faciliùs fieri posset, ut finis intentus adhuc obtineretur, si translatio in Monasterium fieret.

28. DUBITATUR 5. An Ius Patronatûs transferatur in Monasterium. Ratio dubitandi esse posset, quia cùm sit res spiritualis, nec pretio æstimabilis, videtur manere penes ipsam personam Professi, sicut alia Iura spiritualia, ut Ius eligendi, manendi in tali cœnobio, prout suprà dictum est. Respondeo tamen affirmativè. Quia omnia Iura transferibilia transferuntur in Monasterium; tale autem est Ius patronatûs, non item Ius eligendi, jus beneficii, manendi in tali loco, &c. Eodem modo transit ad Monasterium jus nominandi ad Emphyteusin, & hoc multò magis, quia est jus pretio æstimabile. Non item transit in Monasterium Ius Retractûs, quod v. g. proximiori consanguineo concessum est, retrahendi rem alienatam extra familiam, eodem pretio emptori soluto: hoc enim jus non solùm non transit ad Monasterium, sed neque apud ipsum Professum manet. non quidem apud Professum, quia non potest ampliùs sibi aliquid emere: non ad Monasterium transit, quia hoc esset directè contra finem hujus privilegii & Iuris, sic enim non retineretur res per Retractum intra familiam, quia Monasterium non est in familia.

§. II.

Examinatur speciale dubium de exclusione Substituti in Fideicommisso.

29. DUBITATUR 6. An si Religiosus habet fideicommissum, quod teneretur restituere alteri tertio si in sæculo maneret, an inquam vi Professionis Monasterium ità succedat in fideicommisso, seu bonis gravatis, ut excludat Substitutum, cujus rei casum retulimus in dub. 2. sed nunc est res accuratiùs discutienda.

30. Certum est 1. Quòd si fiat professio in Religione seu Monasterio incapaci successionis, ut est Religio PP. Franciscanorum, & Soc: Jesu, substitutus non excludatur: adeo quidem, ut statim à puncto professionis ad substitutum hæreditas devolvatur. nam quòd aliqui putent, substituto esse exspectandam mortem naturalem, & interim hæreditatem venire ad hæredes ab intestato, eò quòd substituens respexerit mortem naturalem, nullius est momenti, nam in hoc casu professio æquivalet morti naturali, & intentio substituentis fuit excludere hæredes ab intestato: & insuper absurdum est substitutum succedere immediatè hæredibus ab intestato, & non instituto.

31. DICENDUM. 1. Si substitutio sit conditionata: *si hæres institutus sine liberis decesserit.* per professionem religiosam excluditur substitutus profanus. Hujus conclusionis casum sup. retuli in cap. *in præsentia de probationibus.* Fundamentalis autem illius probatio continetur in Authent. de Sanctissimis Episc. (quæ est Novella 123.) cap. 37. quæ in favorem profitentium concepta est hoc tenore. [Sed & hoc præsenti addimus Sanctioni: si fortè quis sub conditione nuptiarum, sive liberorum, sive dotis causâ, sive antenuptialis donationis donaverit seu reliquerit suis liberis, sive alii cuicunque personæ hæreditatem sive legatum; aut ab initio purè relinquens eis, oneret eos substitutione, aut restitutione, aut sub una prædictarum conditionum reliquerit, vel donaverit, substitutiones verò vel restitutiones eis fecerit adjectis conditionibus quibuscunque, ex iis quæ superiùs enumeratæ sunt, sancimus, si personæ talibus conditionibus subjectæ, sive masculi, sive fœminæ Monasteria ingrediantur, aut Clerici, aut Diaconissæ, aut ascetriæ fiant, tales conditiones invalidas, & pro non scriptis esse. Hoc autem solatio & clerici & diaconissæ Ecclesiarum fruantur, si usque ad suam vitam in his perseveraverint, ut res sub tali conditione donatas aut relictas ad pia opera expendant aut relinquant. In personis enim quæ in Monasterium vel Asceterium ingrediuntur, & relinquunt hujusmodi conversationem castam, Monasterio aut Asceterio ubi à principio ingrediuntur, res sub tali conditione donatas aut relictas cum alia eorum substantia competere volumus.]

32. DICENDUM 2. Si causa pia sit sub una dictarum conditionum substituta, non excluditur à Monasterio; sed post mortem naturalem Professi restitui debet hæreditas illi piæ causæ. Ità habetur in verbis statim adjectis. *Si tamen in Redemptionem captivorum, aut egentium alimenta sub prædictis conditionibus substitutio aut restitutio fiat, ex nullo memoratorum modo eam excludi permittimus.* Ubi quamvis Imperator solas duas causas pias exprimat, extendendum tamen est ex ejusdem intentione præsumpta, etiam ad alias pias causas, v. g. si locus aliquis venerabilis substitutus esset, ut habetur in Sum: Unde non taxativè, sed exempli causâ adjectæ censentur, ut docet Menochius *de præsumpt. lib. 4. præsumpt.* 83. *n.* 47. Gutierez *lib. 2. canon. quæst. cap.* 32. *n.* 39. Sanchez *lib.* 7. *cap.* 16. *n.* 34. Palao *lo. cit, n.* 12. etiamsi causa pia fuisset tantùm mediatè substituta, aut una cum causa profana. ne scilicet alioqui in perpetuum excludatur.

33. DICENDUM 3. Si testator nullam penitùs conditionem adjecit, sed simpliciter aliquem etiam extraneum substituit, & institutus profiteatur, in hoc casu substitutus non excluditur à Monasterio, sed post mortem naturalem Professi est illi restituendum fideicommissum. Hæc Conclusio est contra Gregorium Lopez, Antonium Gomez & quosdam alios. Docetur autem à P. Molina d. 190. Sanchez n. 81. Palao. n. 4. Probatur, meo judicio, clarè ex ipso textu Authenticæ relatæ, ubi disertè Imperator

rator dicit, quòd si à principio fuisset facta substitutio simpliciter, & sine conditionibus, postea verò additæ essent conditiones, quòd tunc substitutio esset nulla: ergo planè supponit, quòd si nullæ conditiones adjectæ essent, substitutio subsisteret.

34. Objiciunt. Taciti & expressi idem est Iudicium. atqui si exprimeret conditionem de liberis non nascituris, substitutus excluderetur: ergo etiam excludetur hac conditione non expressâ, quia tacitè inest; non enim credendum est, voluisse testatorem descendentibus extraneum præferre. ℞. Hoc argumentum niti falso supposito, quòd nempe favor ille Imperialis fundetur in præsumptione testatoris; hoc inquam, falsum est, cùm sit merus favor Religionis: alioquin si hæc Juristarum subtilitas ad probandum illorum assertum efficax esset, inde sequeretur, quòd si causa pia substituta simpliciter esset, nullâ expresâ conditione, & tamen instituto liberi nascerentur, sequeretur, inquam, quòd causa pia excluderetur à liberis, quod adversarii non concedunt.

35. DICO 4. Etiam casu, quo testator in specie hanc conditionem adjecisset: *si hæres institutus Professus fuerit in Religione capaci successionis.* adhuc hæc conditio pro non adjecta habenda esset, & substitutus in perpetuum excluderetur à Monasterio succedente suo Professo. Ità tenet Fachineus lib. 4. cap. 56. quem præter alios sequuntur Sanchez & Palao, contra Molinam Juristam, Covarruviam, & Gutierez, & contra August. Barbosam. *L.* 3. *J. Eccl. c.* 31. *n.* 8. & contra Hieron. de Cævallos *spec. Opin. Comm. q.* 193. Probatur cum eodem Fachineo ex intentione Imperatoris, qui non obstante contrariâ voluntate testatoris, voluit substitutum per Monasterium excludi, quod sic probatur. Nam hoc vult in casu authenticæ testator, ut si hæres institutus sine liberis moriatur, succedat substitutus: atqui hæres ingrediens Monasterium absque liberis moritur: ergo testator vult, ut hoc casu substitutus, & non Monasterium succedat: cùm igitur in hac facti specie Imperator velit Monasterium succedere contra voluntatem testatoris, censebitur hoc ipsum velle in casu, quo testator expressè diceret, se nolle Monasterium succedere. Est enim eadem ratio favoris exhibendi Monasterio, & parùm interest, utrum expressis verbis constet de voluntate testatoris excludendi Monasterium, an implicitis, ex quibus eadem voluntas manifestè deducatur, & cognoscatur.

36. Dices: Saltèm si proprius testatoris filius substitutus esset, non excluderetur à Monasterio, quia tunc præsumitur testator noluisse suo proprio filio Monasterium præferre. & ità censent plures, quos sequitur Menochius & Sanchez. Respondendum tamen est, negando subsumptum, ex fundamento posito: quia prælatio Monasterii extraneo substituto, non fundatur in præsumptione, sed in favore legis, indistinctè loquentis quoad omnes substitutos, exceptâ causâ piâ.

CONTROVERSIA III.

Vtrum valida sit dispositio facta sine licentia Superioris à Religioso habente dominium.

SUMMARIUM.

Probabilius est, quòd dispositio facta à Religioso capaci dominii, sine Superioris licentia non valeret. 38.

Hæc Invaliditas videtur necessaria ad obtinendum finem quem Societas per dominii capacitatem intendit. 42.

Verba: Non possunt: *recipiunt sensum legis irritantis.* 43.

37. Quæstio procedit de Religiosis nostræ Societatis ante emissa ultima vota, sive Solennia, sive Coadjutorum formatorum. Affirmant Suarez *to.* 4. *tr.* 10. *lib.* 4. *c.* 6. *à. n.* 12. Sanchez *lib.* 7. *de Statu Religioso. c.* 8. *n.* 25. *&* *c.* 18. *n.* 28. Azor *to.* 1. *lib.* 12. *c.* 12. *q.* 8. Layman. *l.* 4. *tr.* 5. *c.* 7. *n.* 3. Lugo *hic n.* 79. Castro Palao *l. c. p.* 2. *n.* 7. VVadingus. *d.* 2. *dub.* 2. §. 2. & obiter supponit Dicastillo de Testam. Salvo tamen tantorum DD. judicio,

38. DICO mihi probabilius videri, quòd talis dispositio sit ipso jure nulla. Ità tenent P. Molina *to.* 1. *d.* 139. Lessius *lib.* 2. *c.* 4. *d.* 5. *n.* 28. & P. Amicus hìc. Probanda est Conclusio satisfaciendo adversariorum fundamento, quod est negativum, nempe quòd illa dispositio nullo Iure sit irritata. Sanè Molina suam sententiam supponit, non tamen probat aliter, quàm unicè ex eo, quòd tales personæ non sint sui Iuris, neque proinde Ius ullum habeant disponendi de suis rebus. quæ probatio est nimis sicca: dicerent enim adversarii, illos esse sui juris eo modo, quo ante Constit. Greg. XIII. fuerunt sui Iuris ad contrahendum matrimonium, illicitè quidem, sed tamen validè. Certum enim est, posse aliquam dispositionem valere, etsi illicita sit. quo autem sensu tunc talis dispositio dicatur fieri Iure, & esse justa, explicui in primo Tractatu in exemplo, quo quis rem venditam sed necdum traditam, vendit & tradit alteri, quæ alienatio valet, etsi sit injusta, & lædat Ius prioris emptoris.

39. P. Lessius probat hoc modo. Per votum paupertatis à Superiore acceptatum, privavit se subditus potestate disponendi suo arbitrio, solùmque retinuit potestatem disponendi ex arbitrio & consensu Superioris: unde si hic consensus desit, dispositio erit irrita, idque multò majori ra-

ri ratione, quàm dispositio Prælati de re Ecclesiæ est irrita, si fiat absque consensu Capituli. Simili modo dispositio pupilli est irrita absque consensu tutoris. etsi enim totum dominium sit in pupillo, tamen hoc dominium est impeditum, translatâ potestate disponendi in tutorem. Simili modo dominium talis Religiosi est impeditum, ità ut non possit exire in actum, nisi dependenter à voluntate Superioris.

40. Respondet ad hæc Castro Palao, instantias non convincere, nec facere ad nostrum casum, quia ibi provenit invaliditas dispositionis ex legis dispositione, qualis in nostro casu nulla est. Videndum ergo est, quomodo ex Constitutionibus talem invalidationem saltèm probabiliter eruamus. Pro quo

41. Revocanda est in memoriam Regula dignoscendi legem irritantem à non irritante, quam tradidi in tr. Procemiali de legibus *c.2.Controv.* 4. & est hæc. Si lex requirat aliquid observandum ab eo, cui tunc actu potestatem tribuit ad talem actum, de cujus valore agitur, censetur id quod requirit, ad substantiam actûs pertinere, v.g. si Pontifex det facultatem conferendi beneficium, sed cum consilio Episcopi, tunc consilio non adhibito, collatio non subsistit. *c. cùm in veteri.* 52. *de Elect.* Hæc Regula videtur habere locum in nostro casu. Nam imprimis habilitas, seu capacitas Dominii, quæ à Sede Apostolica conceditur tali Religioso, est Privilegium huic Religioni speciale, quatenus votum paupertatis conjunctum cum tali habilitate & capacitate, ex constitutione ejusdem est votum substantiale Religionis, constituens verum Religiosum. Quando ergo Pontifex ad usum hujus capacitatis & dominii cum voto conjuncti, requirit licentiam & consensum Superioris, videtur hic consensus pertinere ad substantiam actûs: verba Pontificis sunt hæc. *Quod verò ad paupertatem attinet, quamvis bonorum suorum Ius, atque dominium justas ob causas pro Superiorum arbitratu ad tempus retinere valeant* (Ecce! capacitatem) *ut in pios usus juxta Evangelicum consilium distribuant* (Ecce! limitationem ad certi generis dispositiones) *in illorum tamen usu Religiosam paupertatem servant; nec ullà re tanquam NB. propriâ & sine Superioris facultate uti possunt.* Quorum verborum sensus legitimus, & juxta consuetum loquendi modum qui adhiberi solet in legibus irritantibus, hic est, quòd Ius proprietatis ità sit ligatum, ut nisi in ejus usu accedat facultas Superioris, perinde sit ac si non esset. Hoc sanè videntur significare hæc verba: *non posse uti tanquam propriâ.* Sic si lex diceret: *intra talem gradum consanguinitatis non potest contrahi matrimonium*: omnes intelligeremus de impedimento irritante. Instantia est in Testamento, quod filiusfamilias cum consensu patris facit ad causas pias: tale enim testamentum cum consensu patris factum valet, ut docent omnes, & tradam to. seq. tr. 1. sine consensu patris non valeret.

42. Confirmo hoc discursu, qui me maximè movet. Dominii capacitas in illis personis eo modo & cum eâ restrictione accipi & intelligi debet, quo servit, & est necessaria ad finem, quem Pontifex & Societas per illam capacitatem intendit; de cætero quatenus non est necessaria, debet Iuri communi adaptari, & quàm minimè potest, ab aliorum Religiosorum voto discrepare, ut omnes supponunt qui de hoc scribunt, atqui finis intentus optimè obtinetur, si consensus, & Facultas Superioris requiritur ad valorem actûs & dispositionis, & ad hunc finem non est ullo modo necessarium, quòd dispositio facta sine licentia Superioris tantùm sit illicita, & tamen valida: imò si ponatur esse invalida, longè magìs conducit: ergo, &c. Minor declaratur, quæ quidem mihi evidens est. Finis illius capacitatis est, ut possit talis faciliùs à Religione dimitti, & sine offensâ: ad hunc finem obtinendum utique non est necesse, quòd dispositio valeat sine consensu Superioris; nam talis valor non servit ad conservandum, sed ad destruendum patrimonium, ut patet. Et hinc ostenditur etiam, quòd magìs conducat ad finem illum facilioris dimissionis invaliditas actûs, quàm ejus validitas. Si enim dispositio valeat, potest se Religiosus privare suo dominio invito Superiore: atqui sic jam reddet difficiliorem dimissionem, quàm esset, si actus esset invalidus, quia conservatio dominii facilitat dimissionem: ergo magìs consultum est fini Societatis, si tales dispositiones sint invalidæ, quàm si sint validæ. Denique per hanc invaliditatem magìs assimilatur votum hoc paupertatis simplex voto Solenni, ut patet, quia tollit illud commodum, quod quæreret Religiosus in tali dispositione valida, quod commodum adversatur perfectioni paupertatis, eòque caret ille qui habet votum Solenne. Ergo à primo ad ultimum, magìs videtur esse ex mente Pontificis, verba illa: *Non possunt*, esse irritantia, quàm præcisè prohibentia.

43. Quod autem verba: *Non possunt*, recipiant sensum legis irritantis, adeo certum est apud Legistas, ut universaliter statuāt, quòd quotiescunque lex aliquem actum prohibet, hoc ipso eundem invalidet, nisi contrarium colligatur ex ipsa, aut alia lege, aut circumstantia. Fundant autem se in lege *Non dubium. C. de legibus*, ubi sic dicit Imperator. *Nullum enim pactum, nullam conventionem, nullum contractum inter eos videri volumus subsecutum, qui contrahunt lege contrahere prohibente.* De hac tamen lege, quòd cum tanta universalitate non sit recepta à Iure Canonico, dixi in tr. de legibus.

44. Dices. Ergo quando Pontifex decrevit, ut votum Simplex Castitatis talium Religiosorum irritaret Matrimonium contrahendum, non fuisset necesse dicere: [quin imo eos

eos omnes ad contrahendum inhabiles, ac contractus hujusmodi nullos, & irritos esse, prout irritos facimus, & annullamus.] Sed satis fuisset dicere: *Non possint contrahere.* ℞. Fuisse necessariam distinctam hujus impedimenti dirimentis novi declarationem. In declaratione Paupertatis non erat necessarium exprimere tam claré irritationem. disparitas est. Quia constat in Iure duo esse genera Impedimentorum Matrimonii, alia irritantia, alia solùm impedientia: & tale esse votum Castitatis simplex erat extra controversiam, & clari Iuris: ut ergo transferretur ad alterum genus impedimentorum dirimentium, erat utiq; expressiùs declarandum. Quoad dispositiones verò, & usum dominii, clari etiam Iuris est, quòd in plurimis personis hoc ipso, quòd dispositio prohibeatur sine alterius consensu, sit etiam invalida, ut patet in pupillo, & aliis. Et instantia dabitur cap. seq. contr. 1. n. 1.

CONTROVERSIA IV.

Quomodo Religio acquirat per suos post Professionem.

SUMMARIUM.

Quidquid professus per suas operas, & industriam, donationem, &c. acquirit, Monasterio acquirit. 45.

Quid si donans expressè noluit acquiri Monasterio. 46.

An Professus acquirat Monasterio immediatè, an mediatè. 47.

Non est universim verum, quòd hæreditas adeunda sit ab eo cui est delata. 51.

Quomodo Professus comparetur modò filiofamilias, modò servo. 52.

Ne quidem consensus Professi requiritur. 53.

Quo Iuris loco deferatur hæreditas Monacho. 54.

Quid juris, si quis jam professus in uno Monasterio transeat ad aliud. 55.

Si Franciscanus transiret ad Religionem capacem successionis, an reviviscerent priora jura. 58.

Cuinam acquirat Ejectus post ejectionem. 59.

Attendenda Constitutio Gregorii XIII. incip. Officii nostri. 62.

45. SErmo est de Religionibus, & Monasteriis successionis capacibus, cujusmodi, ut jam suprà dictum, sunt omnes exceptis PP. Franciscanis, Capucinis, & Societate Iesu. De illis ergo jam dictum, quomodo sua Bona Professi transferant in Monasterium, etiam nullâ factâ dispositione ante professionem. Nunc videndum quomodo post professionem, esto ipsi in particulari non sint amplius capaces dominii, nihilominus Monasterio acquirere possint.

DICENDUM I. Quidquid Professus per suas operas, & industriam, vel per donationem, aut quemcunque alium titulum acquirit, Monasterio acquirit. c. *Abbates.* ca. 18. q. 2. ibi. *Omnia quæ acquisierit* (Monachus) *ab Abbatibus auferantur, secundùm regulam Monasterio profutura.* Et quamvis professus testamentum facere non possit, ipse tamen in testamento hæres institui potest, sicut & ex testamento legata capere, imò, & ab intestato jure sanguinis succedere, non secùs ac in sæculo successisset, adeoque etiam in feudis (cum limitationibus suprà positis) & Majoratibus: imò hoc ampliùs habet Religiosus, ut ob ingratitudinem in sæculo commissam non possit à parentibus exhæredari, ut habetur *cap. fin. ca. 19. q. 3.* [Non liceat parentibus liberos, vel liberis parentes ab hæreditate repellere Monachos factos, quamvis dum laici fuerant, in causam ingratitudinis inciderint.] Et est desumptum ex Novella. 123. c. 41. [Nullam verò licentiam damus, aut parentibus filios, aut filiis parentes, sæcularem vitam sectantes, & relinquentes velut ingratos suâ excludere hæreditate Monasterium, aut Monasticam vitam subsecutos.]

46. QUÆRES. Si quis aliquid Monacho donaret, aut relinqueret cum hac expressa conditione, ut non acquireretur Monasterio, quid tunc juris esset? Similis quæstio solet institui de servis, qui quidquid acquirunt Domino acquirunt. ℞. quoad Professos, intentionem relinquentis præsumi fuisse, ut usus & commoditas relinqueretur professo, dominium autem penes Monasterium esset. Censetur enim voluisse professo gratificari quantùm capax esset: non est autem capax nisi precariæ commoditatis. Quodsi Prælatus conditionem recusaret, legatum esset nullum, & ad hæredem pertineret, ob defectum conditionis, quæ non esset turpis: deberet enim usus non concedi nisi pius, nec alium usum concessum esse præsumendum est, & ideo usus alius quàm pius, non esset validus. *Panormit. c. Monachi, de statu Monach. n. 8.* De servis aliter se res habet; nam illi non sunt simpliciter incapaces dominii, ut alibi dicetur. Quodsi non per donationem inter vivos, sed per ultimam voluntatem relinqueretur aliquid Religioso, cum expressa conditione, ut esset Dominus illius, conditio esset impossibilis, & ideo haberetur pro non adjecta, ut dicetur suo loco.

47. DUBITATUR 1. Quonam modo Professus, quæ post professionem acquirit, Monasterio acquirat, an scilicet immediatè, an mediatè, hoc est, an priùs, prioritate qualicunque reali ipse professus acquirat dominium, ut est persona particularis, & deinde illud transferat in Monasterium, vel an potiùs ipsum Monasterium, ut in se complectens, aut repræsentans Monachum professum immediatè acquirat illud dominium. Quæ quidem quæstio videri posset in mera speculatione consistere, sed est

admodum practica, ut patebit ex dicendis, & notavit Julius Clarus *lib. 3. §. Testamentum. q.* 30. Si enim dicas acquiri tantùm mediatè Monasterio, tunc requiritur acceptatio, & aditio hæreditatis facta ab ipso professo, qui si nollet adire, Monasterium non posset illam acquirere adeundo, sed illa ad alios hæredes devolveretur, sicut in aliis casibus devolvitur repudiata hæreditas. Si verò dicamus, acquiri Monasterio immediatè, potest Monasterium adire etiam invito Joanne; imò etiamsi Joannes post delatam hæreditatem moreretur ante illius aditionem, adhuc Monasterium posset adire; sicut etiam si pater ab intestato moreretur dum adhuc vivit filius professus, etiamsi hic moreretur ante aditam hæreditatem, adhuc Monasterium adire posset. Est ergo tota quæstio, an in hoc puncto professus de jure veniat comparandus cum servo (qui tantùm mediatè acquirit Domino) an cum filiofamilias, qui acquirit patri immediatè hæreditatem sibi delatam.

48. Prima sententia docet, Monasterio non nisi mediatè acquiri. Ità Fachineus *lib. 6. Controv. c. 16. v. ego video*, & Legistæ communiter contra Canonistas, apud Julium Clarum *L. cit.* qui non satis se resolvens sic concludit. [Hæc est ardua quæstio, satis periculosa, propter infinita argumenta, quæ hinc inde adducuntur per DD. Propterea in tanto conflictu opinionum credo, quòd Iudex non erraret, sequendo in foro Cæsaris opinionem Legistarum, & in foro Canonico opinionem Canonistarum.] Ex Theologis non invenio, qui Legistas sequatur præter P. Paulum Rosmer in thesibus de Iure, & Iust. Argumentorum autem infinitudinem nullibi invenio: sed unicum fundamentum, ad quod fortè reliqua reducuntur.

49. Canonistarum ergo sententia est, immediatè acquiri Monasterio. Canonistas sequuntur Theologi, P. Molina, Sanchez, Lugo, Palao. Probatur hæc sententia unico sed efficaci argumento. Professus est incapax dominii, & omne illius Ius in Monasterium translatum est, ut suprà probavimus: atqui si vera esset sententia Legistarum, deberet esse capax dominii saltèm pro uno instanti, & quidem in solidum, quo instanti nondum dominium esset apud Monasterium, quia dominium in solidum non potest in eodem instanti acquisitionis esse penes duos; ut etiam ipsi fatentur. ergo vel Monasterio nihil acquiretur, vel illi acquiretur immediatè: primum à nemine asseritur: ergo secundum asserendum est.

50. Objiciunt Adversarii. Hæreditas adeunda est ab illo, cui est delata. *l. 1. & 2. C. de repudianda vel abstinenda hæredit.* atqui in casu de quo disputamus, est hæreditas delata professo: ergo ab illo est adeunda. ℞. 1. Leges allatas nihil penitus ad rem facere, quia hoc solùm dicunt, quòd si filius (penes quem erat potestas adeundi vel abstinendi) abstinuit ab hæreditate, non possit ut hæres conveniri. Sed quid hoc ad nostrum professum, qui non habet velle aut nolle, adeoque nec potestatem adeundi vel abstinendi?

51. ℞. 2. Argumentum nimium probare: probaret enim quòd etiam hæreditas filio delata non aliter acquireretur Patri, quàm facto filii, hoc est, eo adeunte: hoc autem est falsum, per textum *legis finalis C. de bonis quæ lib.* in princip. ibi. *Sancimus itaque liberam habere licentiam, & patrem ipsum sibi adire hæreditatem recusante filio, & omne, sive damnum sive lucrum in suam habere fortunam, nullo ex hoc præjudicio filio generando.* & est apud omnes res certa. ergo non est universim vera illa propositio in sensu adversariorum, quòd ab illo ipso in propria persona adeunda sit vel repudianda hæreditas cui defertur. ℞. Itaque 3. directè ad argumentum, distinguendo majorem. hæreditas adeunda est ab eo, cui est per delationem jus quæsitum, concedo majorem, in alio sensu, nego majorem. & distinguo minorem. Professo est delata hæreditas, hoc est, illi est acquisitum jus secundùm propriam & singularem personam, nego minorem, hoc est, per delationem professo factam, est jus quæsitum Monasterio quod repræsentat professum tanquam membrum suum, concedo minorem, & nego Consequentiam, vel etiam distinguo. est adeunda à professo ut est persona individua, contradistincta à Monasterio totóque conventu, nego, ut est persona indistincta à Monasterio, concedo consequentiam.

52. Objici potest 2. Professus solet comparari Servo: atqui si servo deferatur hæreditas, eo invito non acquiritur hæreditas domino: ut habetur *l. 3. C. de hæredibus instituend.* ibi. *patuit enim* (Servus) *quamvis jubente domino nolle adire.* ergo idem de professo dicendum est. ℞. Professum non semper & in omnibus comparari servo, sed modò comparari servo, modò filio familias, prout nimirum comparatio est favorabilis Monasterio. Comparatur itaque servo catenus, quatenus, sicut servus domino lucratur non solùm usumfructum, sed etiam proprietatem rei sibi delatæ, ità & Monachus Monasterio, & in hoc non comparatur filio, qui patri solum usumfructum acquirit. Econtra comparatur filiofamilias in hoc, quòd sicut ipso filio invito pater potest adire hæreditatem, & sic sibi acquirere usumfructum, ità Monasterium possit adire hæreditatem invito Monacho. Denique in hoc utrumque excedit, quatenus Monasterium potest adire hæreditatem vivo quidem Monacho delatam, sed eo defuncto ante aditionem, ut suprà dictum est, quia specialiùs est una persona cum Monasterio, quàm filius cum patre.

53. Hinc

53. Hinc apparet, non satisfacere Fachineum, dum dicit, Monachi consensum requiri, non ut ipsi acquiratur, sed ut Monasterio acquiratur,& ideo ejus incapacitatem non obstare; nam ex eo quòd comparetur filiosfamilias, ne quidem ipsius consensus requiritur. Neque refert, quod dicit idem Fachineus, non esse Monachum comparandum filiofam. quia per Professionem non acquirit patrem sed Superiorem. Respondetur enim, acquirere quidem Superiorem, sed simul fieri unum quid cum toto Monasterio, & ideo non Superiori, sed Monasterio, & hoc sensu etiam sibi acquirere.

54. QUÆRES, quo jure deferatur hæreditas Monacho. ℞. Deferri in lege, *Deo nobis. §. 1. C. de Episcopis & Clericis.* ibi. [Necesse sit eis omnimodo quartam quidem portionem relinquere, &c. sin verò ultimam voluntatem parentes neque testamento, neque alio ultimo elogio declarâsse monstrati fuerint, omnem parentum substantiam hæredes quibus ab intestato competit, secundùm leges nostras sibi defendant: nullo eis impedimento ex Sanctimonialis conversatione generando, sive soli, sive cum aliis ad successionem vocantur.] & statim §. 2. subjungitur, quòd etiamsi talis apostataret, adhuc omnia jura ad Monasterium pertinerent.

55. DUBITATUR 2. Quid juris sit, si quis jam professus in uno Monasterio, cui jam aliqua bona per illum acquisita sunt, deinde transeat ad aliud Monasterium, ibique validè profiteatur: utrum bona priori Monasterio jam acquisita, transeant ad alterum Monasterium: item, ad quodnam Monasterium pertineant bona quæ post secundam professionem illi accedunt. Panormitanus cum quibusdam aliis putavit, omnia jam acquisita etiam ante secundam professionem, transire & pertinere ad secundum Monasterium. Respondetur tamen, bona ante secundam professionem professo obvenientia ad primum Monasterium pertinere, bona verò post secundam professionem obvenientia ad secundum Monasterium pertinere. Colligitur ex can. Statutum, *ca. 18. q. 1.* [Statutum est, & rationabiliter secundùm Sanctos Patres à synodo confirmatum, ut Monachus quem canonica electio à jugo regulæ Monasticæ professionis absolvit, & sacra ordinatio de Monacho Episcopum facit, velut legitimus hæres paternam sibi hæreditatem postea jure vindicandi potestatem habeat: sed quidquid acquisierat, vel habere usus fuerat, Monasterio relinquat, & Abbatis sui, qui fuerat secundùm Regulam S. Benedicti, arbitrio. Postquam enim Episcopus ordinatur ad altare, ad quod sanctificatur, & titulatur, secundùm sacros Canones, quod acquirere poterit restituat.]

56. Hinc Covarruvias conatur deducere, quòd si relictum esset legatum, cum conditione pendente in futurum, & Religiosus ante impletam conditionem profiteretur in secundo Monasterio, quòd in quam tale legatum non pertineret ad primum, sed ad secundum Monasterium: secùs esset, si donatio vel promissio esset facta sub conditione, conditióque impleretur post secundam professionem, tunc enim (illius opinione) pertineret ad primum Monasterium: Rationem discriminis putat esse, quòd licèt in ultimis voluntatibus spes non transmittatur ad hæredes; in contractibus tamen transmittitur.

57. Mihi tamen magis placet doctrina P. Molinæ n. 29. quòd si mortuo testatore, qui legatum sub ea conditione reliquit, religiosus profiteatur secundò ante impletam conditionem, legatum pertineat ad primum Monasterium: eò quòd per mortem testatoris comparaverit jam jus ad rem, tametsi non obtinendam, nisi impletâ conditione. Si verò vivo adhuc testatore emittat secundam professionem, legatum pertineat ad secundum monasterium, eò quòd ante testatoris mortem non erat legatum confirmatum, quasi primum monasterium comparâsset jus ad rem dependenter à tali conditione obtinendam.

58. DUBITATUR 3. Si Franciscanus v. g. transiret ad Religionem capacem successionis, seu jurium ad bona suorum Religiosorum, an tunc reviviscerent priora jura, quæ transiissent ad Monasteria Franciscanorum, si illa capacia fuissent, & an quæ post secundam professionem ei competunt, acquirantur novo monasterio secundæ professionis. ℞. Priora non reviviscere, quia jam pleno jure ad hæredes alios pervenerunt. sicut si hodie resurgeret à mortuis testator ante centum annos defunctus, non recuperaret bona, quæ defunctus hæredibus reliquit, ut dicam in Tractatu sexto: c. *quomodo testam. infirmentur.* nam professus ille, ut suprà diximus, civiliter ità mortuus fuit, ut in ordine ad successionem hæredum abintestato vel ex testamento ante professionem facto, non esset exspectanda mors naturalis. Quia verò per secundam Professionem revixit eatenus, quatenus incorporatus est monasterio capaci successionis, ideo bona deinceps obventura Monasterio acquirerentur. Colligitur etiam ex cap. paulò antè recitato. Nam si in Episcopum eligeretur, haberet ex ejusmodi bonis ipse commoditatem ad tempus vitæ, cæterùm proprietas pertineret ad Ecclesiam cujus Episcopus fuit. Contrarium dicendum esset, si econtrario aliquis v. g. Benedictinus fieret Franciscanus, nam quæ post Secundam Professionem ad ipsum pertinerent, (quidquid aliqui dixerint pertinere ad primum monasterium) dicendum est, statim pertinere ad hæredes ab intestato, ad quos pertinuissent, si naturaliter mortuus esset. Ratio est, quia per secundam professionem desiit esse religiosus & membrum prioris monasterii.

59. DUBITATUR 4. De ejecto ex monasterio, cuinam post ejectionem acquirat.

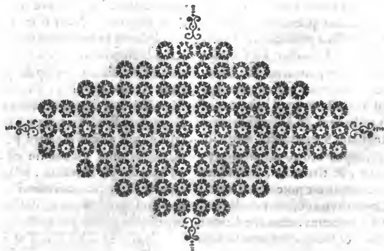
 Navar-

Navarrus existimat eum acquirere Episcopo, si justè ejectus fuit. Verùm Molina ait semper acquirere Monasterio, sive injustè sive justè ejectus fuit. Nunquam enim ità abscissus est, ut non debeat se reddere idoneum ad receptionem, & recipi possit absque novâ professione. Usus tamen illarum rerum illi relinquitur, dum vivit extra Monasterium.

60. Nihilominus pro Navarro videtur facere paritas cum Servo, qui, si à Domino abjiciatur, & pro derelicto dabeatur, nihil ampliùs acquirit domino *l. 36. ff. de stipulat.* ibi. *Quia qui pro derelicto rem habet, omnino à se abjicit, nec potest ejus operis uti, quem mero jure ad se pertinere noluit.* atqui sic se habere videtur religiosus ejectus. Verùm negatur paritas inter servum & religiosum: nam dominus habet plenum jus efficiendi servum sui juris, & hoc fecisse videtur eum relinquendo: hoc autem jus non habet monasterium respectu Religiosi, qui semper manet obstrictus monasterio. Unde aliqui dicunt, quòd si post ejectionem injustam non ampliùs acquirat monasterio, hoc fit in pœnam injustæ ejectionis, & ideo non obliget ante sententiam judicis. Sed isti AA. nullam legem adducunt, quâ ista pœna sit constituta. Sanè lex adducta de servo non continet pœnam, sed jus naturale.

61. Dices. Hanc pœnam colligi ex cap. unico, de Infant. & languid. exposit. ubi Greg. IX. sic statuit. *Si à Patre sive alio, sciente ipso aut ratum habente (relegato pietatis officio) infans expositus exstitit, hoc ipso à potestate fuit patria liberatus. Nam & hoc casu in ingenuitatem libertus, & servus in libertatem eripitur, quod & prædictis cujusque ætatis languidis, si expositi fuerint, vel si alicui eorum alimenta impiè denegari contigerit, est dicendum.* sicut ergo fit argumentum ab infante ad libertum & servum, ità fieri poterit ad religiosum derelictum. Respondetur tamen negando paritatem. Disparitas est jam indicata; nam & libertus & servus possunt à domino asseri in libertatem, non item Religiosus à Monasterio: vel enim est justa vel injusta ejectio: si justa: Religiosus est in culpa, quæ non debet obesse Monasterio, quia tenetur se ejectus emendare, & Monasterium tenebitur eum recipere: si injusta? iterum tenebitur Monasterium eum recipere, & subditus cogendus est ad redeundum, & cum eodem redibunt bona adhuc exstantia, quæ verò fuerint ab eo absumpta vel alienata, censentur alienata cum tacita licentia Prælati.

62. Itaque de Iure communi videtur omnino dicendum, quòd semper Monachus ejectus acquirat Monasterio. Dixi: *Jure communi.* Exstat enim specialis Constitutio Gregorii XIII. incip. *Officii nostri partes sedulò.* edita Anno 1577. 21. Jan. ubi declaratur, omnia bona Regularium extra claustra degentium, sive mendicantium, sive non mendicantium, post eorum obitum, quocunque Iure & actione fuerint acquisita; spectare ad Cameram Apostolicam, & hanc habere Ius vendicandi hæc spolia, in quibuscunque Provinciis, Dominiis, Regnis, & locis consistant, non obstantibus quibuscunque privilegiis; quamvis de Superiorum suorum licentia extra claustra degentes illa acquisivissent, & etiamsi acquisitiones hujusmodi ab ipsis Professis ex reditibus beneficiorum Ecclesiasticorum cum cura vel sine cura per eos obtentorum, seu detentorum, aut ex propria industria seu artificio, mercatura, aut NB. ex testamento sive successione ab intestato quorumvis consanguineorum, affinium vel amicorum suorum, aut quorumcunque aliorum factæ essent. Denique ità omnibus Judicibus judicare præcipit, & quidquid aliter actum fuerit, scienter vel ignoranter, irritum & inane decernitur. Hujus Constitutionis mentionem nullam facit Molina & Lugo; & alii quoque dubitant, utrum ubique recepta sit, vel an pro sola Italia sit data, in qua spoliorum illorum usus est, & rationem dubitandi adducunt, quòd executio Bullæ demandetur Ludovico Tabernæ, Notario & Thesaurario, ac spoliorum ad dictam Cameram pertinentium Collectori Generali per Italiam. Verùm de hoc nihil habeo, quod statuam.



CAPUT

CAPUT II.

DE PECULIO, FRUCTIBUSQUE CLERICORUM BENEFICIATORUM, DEQUE DOMINIO, ET ADMINISTRATIONE BONORUM ECCLESIASTICORUM.

Bona Clericorum, tam specificativè, quàm reduplicativè consideratorum, in quinque genera distribui ac dividi possunt. Ad primum genus pertinent ea, quæ *patrimonialia* dicuntur, quæque illis specificativè sumptis, hoc est, nullo habito respectu ad beneficia Ecclesiastica, conveniunt non secùs ac Laicis, ut quæ jure hæreditario, successione, contractu, donatione, usucapione, labore, industriâ, &c. acquiruntur. Ad secundum genus spectant, quæ *quasi patrimonialia* dicuntur; quæ quidem Clericus acquirit occasione Ministerii Ecclesiastici, sed non tanquam fructus beneficii, sed potiùs tanquam præmium aut mercedem laboris, aut stipendium pro sacro, pro concione, Confessionis administratione, cantu, funeralibus; qualia consequuntur Capellani, Oeconomi, aut Vicarii temporales. Huc etiam reducit P. Molina, quæ à Sede Apostolica Cardinalibus quot annis in subsidium expensarum conferuntur, aut quæ Episcopo vel alteri in subsidium expediendæ alicuius legationis attribuuntur. Tertium genus constituunt ea bona, quæ directè spectant ad Ecclesias, Hospitalia, aliave loca Ecclesiastica, sive ea mobilia sint, sive immobilia, sive ad fabricam, sive ad infirmos curandos, aut simile Ministerium deputentur. Quartum genus est Redituum Ecclesiasticorum, qui directè deputantur ad Ministrorum sustentationem ratione tituli, beneficii, & residentiæ. Quintum genus (quod tamen aliqui ad secundum genus reducunt) est eorum bonorum, quæ actuali præsentiæ seu interessentiæ deputantur, & distributiones quotidianæ vocantur. De Patrimonialibus & quasi patrimonialibus nulla est dubitatio, eorum dominium ad Clericos in particulari spectare, quidquid dixerit Medina, arbitratus eos habere votum paupertatis exclusivum hujusmodi dominii.

CONTROVERSIA I.

Penes quem sit Dominium bonorum tertii generis.

SUMMARIUM.

Dominium bonorum spectantium ad Ecclesias, hospitalia, &c. Non est penes Clericos Particulares. 63.
Est penes Ecclesiam particularem. 64.
Quo sensu dicantur esse partrimonium Christi. 65.

63. Certum est dominium horum bonorum non spectare ad ipsos Clericos particulares, qui illa administrant, nam penes hos est sola administratio; quodsi ex hujusmodi bonis, v.g. prædiis, fructus loco stipendii percipiant, jam hi fructus ad bona quasi patrimonialia spectant, ipsius tamen prædii dominium non est penes ipsos, imò ne quidem penes Papam, ut est particularis persona; unde can. *Non liceat Papæ ca.* 12. *q.* 2. Symachus Papa dicit. *Non liceat Papæ prædium Ecclesiæ alienare aliquo modo pro aliqua necessitate, nec in usumfructum rura dare, &c.* subintelligendum tamen est: *absque rationabili causa.* Unde talis alienatio esset invalida, ut infrà dicam, & ex parte supponit Navarrus de spoliis Clericorum. §. 3. n. 7. & sic habemus etiam in Iure Canonico exemplum, ubi τὸ: *Non licere*, idem est, ac: *non valere.* pro confirmatione sententiæ paulò superiùs traditæ contr. 3. quæritur nunc, penes quem sit horum bonorum dominium.

64. Prima sententia est, horum bonorum dominium esse penes ipsum Christum, non verò Ecclesiam, cui sunt applicata. Ità *Major in* 4. *d.* 25. *q.* 16. quem sequitur Navarrus, unde infert l. c. quòd si Summus Pontifex sine legitima causa id quod est unius Ecclesiæ, tribueret alteri, peccaturum quidem, eam tamen Ecclesiam, quæ id accipit, restituere non teneri alteri Ecclesiæ, quia adhuc maneret in dominio Christi, ut antè erat; secùs esset, si Laico daret, qui restituere teneretur,

retur, quia alioquin auferretur de dominio Christi, Christo præsumptè invito.

Secunda & vera sententia est, Dominium particulare horum Bonorum (prout differt à dominio alto) esse penes Ecclesiam particularem; quatenus autem unaquæque Ecclesia particularis est pars totius Ecclesiæ universalis, ut sic dominium bonorum omnium Ecclesiarum particularium esse penes Ecclesiam Universalem, cujus caput est Romanus Pontifex. Probatur hæc sententia. Ex intentione fidelium eo modo dantur hujusmodi bona Ecclesiis particularibus (intelligendo per Ecclesias Communitatem aliquam personarum) quo modo dantur Monasteriis: atqui Monasteria habent verè dominium particulare talium bonorum: ergo etiam Ecclesiæ particulares habent hujusmodi dominium.

65. Objiciunt. Hæc bona appellantur patrimonium Christi. *cap. cùm secundùm. de præbendis, &c. cùm ex eo. de elect. in 6.* appellantur etiam pecuniæ Christi. *C. qui Christi & cap. qui abstulerit c. 12. q. 2.* & à Trid. *sess. 25. c. 1.* dicuntur esse res Dei. ℞. 1. Ex his loquendi modis nihil inferri legitimè contra positam sententiam; alioquin etiam inde inferendum esset, bona Monasteriorum non esse sub dominio Communitatis, quod esset contra ipsum Majorem & Navarrum. Deinde probaret, Clericos non esse Dominos fructuum superfluorum, quod falsum esse patebit ex seqq. ℞. 2. Sicut vocantur Res Dei, ità etiam vocantur Res Ecclesiarum, & dicuntur ab Ecclesiis possideri. *cap. expedit. ca. 12. q. 1.* ibi. *Non enim propriæ sunt,* (administrantium) *sed communes Ecclesiæ facultates, & ideo quisquis omnibus, quæ habuit, dimissis aut venditis fit rei suæ contemptor, cùm Præpositus fuerit factus Ecclesiæ, omnium quæ NB. habet Ecclesia, efficitur dispensator.* & de S. Paulino subditur. *Quo facto* (suorum bonorum donatione.) *satis ostendit, & propria debere propter perfectionem contemni, & sine impedimento perfectionis posse Ecclesiæ facultates, quæ sunt NB. profectò communes, possideri.* Item cap. *causa. 13. de V. S.* sic dicitur. *Cæterùm primitiæ, decimæ, & oblationes, in solis Ecclesiarum bonis præcipuè numerantur. Oblationes verò dicimus quæcunque de propriis & licitis rebus Ecclesiæ à fidelibus offeruntur.* ℞. 3 Quando ergo dicuntur esse patrimonium Christi, res Dei, indicatur solummodo, quòd ex Intentione fidelium talia bona non liceat ad alium usum convertere, quàm qui conducat ad cultum Dei, v. g. ut Ministri alantur, qui Sacramenta administrent, Verbum Dei prædicent, & si quid supersit, pauperibus erogetur, &c. cum hoc ergo onere fiunt Ecclesiæ; unde fit, ut ne quidem ab ipsa Communitate licitè possint ad alios usus converti.

Hinc infert Molina. *n. 11. disp. 142.* Quòd si Summus Pontifex absque rationabili causa bona unius Ecclesiæ, aut pii loci attribueret alteri pio loco, restituendum id esset, quod translatum est, tum ab altero loco qui accepit, tum in ejus defectum ab ipso Summo Pontifice, non minùs, quàm si Laico esset collatum, cujus oppositum Navarrus asseruerat.

CONTROVERSIA II.

Utrum Clerici sint Domini suorum redituum, vel tantùm Administratores.

SUMMARIUM.

Clerici sunt Domini suorum Redituum Ecclesiasticorum etiam superfluorum. 68.
Pro diversitate temporum diversa olim distributio observata. 73.
Quomodo censuræ Patrum intelligendæ. 77.
An possint licitè ad usus profanos expendi. 81.
Non est jure naturali vetitum. 82.
Constitutio Pauli V. incip. In eminenti. *summatim refertur, quâ conceditur facultas disponendi pro libitu de bonis Ecclesiasticis superfluis.* 85.
Pensiones, Præsentiæ, aut Capellaniæ, ratione acquisita possunt ad usus profanos expendi. 86.
Quinam veniant nomine pauperum, quibus Clerici elargiri possunt. 89.
An possint elargiri illis, qui non sunt membra illius Ecclesiæ. 90.
Quænam quantitas sit mortalis, expensa in usus profanos. 91.
An Beneficiatus, qui post beneficium sibi collatum de patrimonialibus in pias causas expendit, vel pro sustentatione, possit ex Ecclesiasticis compensare. 92.
An propter excessum dotium, & qualitatum, possit excedere in sustentatione. 93.
An propter opera supererogationis possit inde patrimonio adjicere. 95.
An ob parsimoniam possit expendere plus in usus profanos. 96.
An ad piam causam possit alienare fructus ad plures annos. 97.
Explicatur cap. 3. de Arbitris. 98.
Potest reditus locare ad triennium utile. 100.
An ad plures annos possit se personaliter obligare ad permittendam alteri fructuum perceptionem. eod.
Si ultra triennium locaret, an valeret quoad triennium. 101.
Si intra annum decedat, qualis facienda divisio fructuum inter hæredes, & successorem. 102.
Attendenda Bulla Julii. III. incip. Motu proprio. 103.

66. Quæstio est de illis bonis, quæ ratione beneficii tanquam fructus illius, Clerici consequuntur, an eorum sint veri Domini, vel tantùm Administratores, adeo ut si ex superfluis

ad

ad ſuam ſuſtentationem aliquid ad uſus profanos expendant, peccent contra Iuſtitiam, & teneantur ad reſtitutionem, imò, & qui illa accipiunt non fiant Domini, ſed reſtituere teneantur, & quidem hi principaliter, illi verò in horum defectum, cùm econtra ſi ſint Domini, non peccent contra Iuſtitiam.

67. Prima ſententia docet, Beneficiatos non fieri Dominos illorum redituum. Pro hac ſententia ſtant antiquiores Canoniſtæ. Major *in 4. diſt. 24. q. 16. & 17.* Navarrus *ad cap. fin. ca. 16. q. 1. & in* Apolog. monito. 24. 27. & quidem nimis acriter (ait Barboſa) Auctor hujus ſent. fuit Archidiaconus. Plures refert Theologos Azor, quos ſequitur Paulus Comitolus reſp. mor. *l. 1. q. 70. & 71.* & (ſpeculativè loquendo) P. Tanner *hic q. 6. dub. 8. n. 215.* Malè tamen pro ea citatur à Card. de Lugo Layman *l. 4. tr. 2. c. 3. n. 3.* Nam Layman ibi disertè aſſerit, Beneficiatos omnium ſuperfluorum dominium comparare. Aſſerit quidem ibi Layman, teneri Beneficiatos ex Iuſtitia expendere ſuperflua in pios uſus; ſed hinc non ſequitur eum negâſſe eſſe Dominos, ſunt enim hæ quæſtiones diverſæ, ut notavit ipſe Layman ex Paludano, Navarro, Marſilio, Molina, & advertit etiam Palao *de Charitate d. 2. p. 6. n. 4.* & clarè patet in fideicommiſſo, ubi hæres gravatus tenetur ex Iuſtitia fideicommiſſum alteri reſtituere, licèt illius ſit Dominus. Cæterùm fateor in præſenti, re ipsâ quæſtiones has coincidere. quia ſi Clerici ſint Domini, non eſt fundamentum dicendi, eos teneri ex Iuſtitia prout vult Layman, & ideo ſententia Laymanni eſt utcunque ſingularis.

68. Secunda ſententia affirmat fieri Dominos. Pro hac ſententia affert Marſilius de Columna apud Barboſam quinquaginta quinque Canoniſtas, ac ſexdecim Theologos, ultra quos plures refert ipſe Barboſa *lib. 3. Iuris Eccleſ. cap. 17. n. 10.* quos ſequitur etiam Proſper Fagnanus *in. 1. p. tertii Decret. de Pec. Cleric. c. ſi quis ſanè.* in quo Auctore oportet aliqua ſpecialiter advertere. Dicit ergo imprimis, quòd, cùm vix reperiantur, qui contrariæ ſententiæ, hoc eſt, Iuſtitiæ illius normam cuſtodiant, ut ſuperflua pauperibus largiantur, etiam inter beneficiatos Religioſos, quòd, inquam, non expediat inducere NB. Clericis conſcientiam, contra quam facturi ſint, & gratis damnentur.

69. Deinde ſtatim ſubjungit, tametſi opinio Archidiaconi ſit fortè communior, magis tendat ad charitatem, & tutior NB. omnino exiſtat, quàm quæ hac eos obligatione ſolvit, hanc tamen dicit veriorem, quam deinde ad longum propugnat, & conſuetudinem illius tanquam validam commendat. Hanc doctrinam fateor me non poſſe conciliare cum ea, quàm hic ipſe Auctor tradit in cap. *Non innitaris* (& à nobis eſt refutatus in ſecundo libro Theologiæ ſpecul.) ubi docet, & evincere conatur, nunquam licere ſequi opinionem etiam probabiliorem contra eam quæ tutior eſt. Si ergo tutior eſt ſententia Archidiaconi, quomodo licet nunc ſequi oppoſitam tanquam probabiliorem?

70. Eſt etiam hæc ſententia jam communis apud Theologos, quorum anteſignanus eſt S. Thomas. *2. 2. q. 185. a. 7. in C. & quodlib. 6. a. 12.* qui teſtatur, huic ſententiæ favere conſuetudinem. Sicut, & Covarruvias *in cap. cùm in officiis de teſtam. n. 3.* aſſerens hanc ſententiam eſſe noſtris temporibus admittendam ex totius Chriſtani orbis conſuetudine, cui, ſi corruptela exiſteret (ut putant adverſarii) iretur obviam per Summos Pontifices; tenetur enim Princeps prohibere, quæ ſunt contra Iuſtitiam, & ne pauperes, Chriſti membra, tam grave detrimentum in rebus ſuis accipiant, providere. Et hæc quidem deberet cuivis eſſe ſufficientiſſima hujus ſententiæ probatio. Nihilominus

71. Probatur Concluſio efficaciter auctoritate Concilii Trid. Nam imprimis *ſeſſ. 23. c. 1. de reform.* ſic habet. *Si quis autem contra hujus decreti diſpoſitionem abſuerit, ſtatuit Sacroſancta Synodus præter alias pœnas adverſus non reſidentes, &c. eum pro rata temporis abſentiæ fructus ſuos non facere, nec tutâ conſcientiâ, aliâ etiam declaratione non ſecutâ, illos ſibi detinere poſſe, ſed teneri, aut ipſo ceſſante per Superiorem Eccleſiaſticum illos fabricæ Eccleſiarum, aut pauperibus loci erogare.* Item *ſeſſ. 24. c. 12. de Reform.* ità habet. [Proviſi etiam de beneficiis quibuscunque curam animarum habentibus, teneantur à die adeptæ poſſeſſionis ad minùs intra duos menſes in manibus ipſius Epiſcopi, vel eo impedito, coram Generali ejus Vicario ſeu Officiali orthodoxæ ſuæ fidei publicâ facere profeſſionem, & in Romanæ Eccleſiæ obedientia ſe permanſuros ſpondeant, ac jurent. Proviſi autem de Canonicatibus, & dignitatibus in Eccleſiis Cathedralibus non ſolùm coram Epiſcopo ſeu ejus Officiali, ſed etiam in Capitulo idem facere teneantur: alioquin prædicti omnes proviſi ut ſuprà, fructus non faciant ſuos, nec illis Poſſeſſio ſuffragetur.] Item abſentes ultra tres menſes jubet privari fructibus, quos lucrati fuiſſent. Ex his ſubſumitur hoc modo. Atqui lucrari fructus, eóſque facere ſuos, idem omnino eſt, ac acquirere dominium: ergo qui in præcedentibus non delinquunt, faciunt fructus ſuos, eos lucrantur, & acquirunt eorum dominium. Minor quamvis ex terminis clara ſit, confirmatur tamen ex *cap. unico de cleric. non reſidentib. in 6.* ubi Bonifacius VIII. ſic loquitur. [Statuimus, ut diſtributiones ipſæ quotidianæ, in quibuscunque rebus conſiſtant, Canonicis, ac aliis Beneficiatis, & Clericis Eccleſiarum ipſarum, qui eisdem Officiis in ipſis Eccleſiis adfuerint, tribuantur, &c. Qui verò aliter de diſtributionibus ipſis quidquam receperit (exceptis il-

lis

lis quos infirmitas, seu justa, & rationabilis corporis necessitas, aut evidens Ecclesiæ utilitas excusaret) rerum sic receptarum dominium non acquirat, nec faciat eas suas; imò ad omnium restitutionem, quæ contra hujusmodi nostram Constitutionem receperit, teneatur.] Ex quo textu apparet, quòd in sermone canonico idem sint *facere suum, & fieri dominum.* Utuntur multi hoc textu ad probandam Conclusionem, sed non satis efficaciter; nam Adversariorum multi fatentur, distributiones hujusmodi pertinere ad bona quasi patrimonialia, quia sunt quasi merces, aut præmium præsentiæ. Efficacior textus habetur in Const. Julii III. *Cùm sicut*: ibi. Fructus occasione Ecclesiarum, Monasteriorum, & Beneficiorum Ecclesiasticorum pro tempore provenientes, licèt postquam ad manus Beneficiatorum pervenerunt, & cum aliis ipsorum Beneficiatorum fructibus commixti sunt, non ulteriùs in Ecclesiasticis, sed potiùs ipsorum Beneficiatorum propriis, & ab eis acquisitis bonis judicari, & propterea quoddammodo pro sæcularibus, & profanis haberi consueverint, nihilominus quamdiu Beneficiati illos non exegorint, verè Ecclesiasticos esse, & censeri debere.

72. Probatur denique Conclusio ab absurdo jam superiùs indicato. Cùm enim evidens sit, consuetudine practicari passim hanc sententiam, si ea falsa esset, deberent infinitæ donationes contractúsque facti in causas profanas rescendi à superioribus, & hi ad hoc tenerentur in conscientia, ex munere suo, peccaréntque non rescindendo, sicut peccaret tutor non rescindens contractum factum à pupillo in suum præjudicium: atqui talis rescissio nunquam facta, vel audita est neque hujus prætextu à quoquam cuiquam lis unquam intentata fuit: ergo cogitandum est, quòd hujusmodi dispositiones sint validæ, & per ipsam taciturnitatem superiorum validentur. Pro solutione argumentorum

73. Notandum est, pro temporum diversitate diversam horum bonorum distributionem observatam in Ecclesia fuisse. Principio quidem nascentis Ecclesiæ Christiani Evangelicam perfectionem imitantes, omni se dominio abdicârunt, & rerum venditarum pretium ad Apostolorum pedes ponebant, ut singulorum fidelium necessitatibus subvenirent. *Actorum* 4. Postmodum, cùm numerus fidelium cresceret in immensum, ut commodè nec in communi vivere, nec ad victum, & vestitũ singulis necessaria suppeditari possent, Laici Christiani cœperunt bona propria ex commissione retinere, Clerici verò adhuc communem vitam agebant, nihil proprium habentes in particulari, prædia tamen à fidelibus donata, vel aliàs quæsita materialibus Ecclesiis tradebantur, quibus Episcopi præsidebant, ut ex illorum redditibus, decimis, & oblationibus, aliísque Eleemosynis Clerici communem vitam ducentes sustentarentur. Ità habetur *cap. Videntes. ca. 12. q. 1.* Post hæc tempora Clerici ægrè ferebant carere rebus propriis: & ideo fuit eis approbativè permissum, ut parentum patrimonia, & bona aliunde quæsita habere possent, ità tamen ut proprium habentes nihil caperent de bonis deputatis ad pauperum & Laicorum sustentationem. Ità habetur *cap. 19. ca. 12. q. 1. Episcopi de rebus propriis vel acquisitis, vel quid quid de proprio habent, hæredibus suis, si voluerint relinquant. Quidquid verò de provisione suæ Ecclesiæ fuerit, sive de agris, sive de fructibus, sive de oblationibus, omnia in Iure Ecclesiæ reservare censuimus.* Tandem posteriore tempore Parochiæ sunt divisæ, singulæque singulis Præsbyteris Ecclesiæ assignatæ, & Ecclesiarum bona quoad reditus in quatuor partes sunt distributa, quarum una Episcopo, altera Parocho, tertia fabricæ, quarta hospitibus peregrinis & pauperibus assignata. *can. vobis. ca. 12. q. 2.* & pluribus aliis. Porrò hæc divisio facta à Simplicio Papa, qui sedit anno 471. non fuit satis constanter observata; unde factum, ut pars pauperibus designata (teste Palao) in nulla ferè Ecclesia reperiretur intacta, & hodiéque nesciatur, quorsum ea devenerit, utrum confusa fuerit cum portione Episcopi, aut Cleri, vel, an inde beneficia erecta, vel an ad Sæculares Principes pervenerit, &c. Denique varia adhuc Beneficia, & Parochiæ erectæ fundatæque sunt, & beneficiariis certi reditus assignati. His præmissis ad argumenta respondeamus.

74. Objiciuntur imprimis innumeræ locutiones PP. & Conciliorum, quibus dicunt, bona superflua esse pauperum, & si in usus profanos expendantur, committi furtum & sacrilegium: ergo supponunt esse contra Justitiam, & Clericos non esse Dominos sed tantùm Administratores. Ad hæc omnia solet uno verbo responderi, vel in illis omnibus esse sermonem de superfluis bonis ante factam divisionem, vel si loquuntur de posterioribus temporibus, loqui PP. per quandam exaggerationem, sicut etiam Laicos, de quorum dominio nemo dubitat, vocant pauperum homicidas, quando non dant eleemosynam, ad quam tamen non tenentur ex Iustitia; vel denique loqui de bonis Ecclesiæ, quæ Clerici administrant, & quorum dominium est penes Ecclesiam, ut suprà dictum est. Quòd autem aliqui dicunt, divisionem non potuisse mutare naturam illorum bonorum, adeoque etiam post divisionem servare eandem conditionem, ut sint ad causas pias eroganda (ut quidam apud Barbosam arguntantur) est planè frivolum, quasi verò hoc quod est, esse pauperum, sit bonis ipsis intrinsecum, & essentiale, sequeretur sanè, quòd post elargitionem pauperibus factam adhuc retinerent hanc conditionem, ut non possint, nisi ad causas pias etiam ab ipsis pauperibus expendi, quo nihil dici potest absurdius. Itaque fideles offerentes sua Ecclesiis, nec voluerunt,

nec

nec potuerunt velle ligare poteſtatem Pontificis, ſupremi adminiſtratoris, quò minùs poſſet talem diſtributionem facere, ut bona Clericis diſtributa illis appropriarentur, eò quòd temporum ratio, & perſonarum conditio ità exigeret: ſufficiebàtque, ut maneret obligatio non ex Iuſtitia, ſed ex Charitate (ut ſemper loquitur S. Thomas) quin etiam ex Religione (ut volunt Theologi infrà referendi) illa ſuperflua ad pios uſus expendendi.

75. Præterea illud etiam hîc notandum eſt, ipſis adverſariis eſſe explicandos PP. Nam adverſarii fatentur, & docent, quòd Beneficiatus habens bona patrimonialia quæ ipſi abundè ſufficerent ad ſuſtentationem, poſſit tamen illis intactis, & ad alios uſus aut diſpoſitionem, v. g. teſtamentariam reſervatis, vivere de fructibus beneficii, aut aliis bonis Eccleſiæ, ipſi pro congrua ſuſtentatione deſignatis. Reſpondeant ergo ipſi imprimis S. Hieronymo ad Damaſum Papam ſic ſcribenti. [Clericos autem illos convenit Eccleſiæ ſtipendiis ſuſtentari, quibus parentum, & propinquorum nulla ſuffragantur bona. Qui autem bonis parentum, aut ſuis ſuſtentari poſſunt, ſi quod pauperum eſt accipiunt, ſacrilegium profectò committunt, & per abuſionem talium Iudicium ſibi manducant, & bibunt] *c. Clericos. ca. 1. q. 2.* Reſpondeant S. Proſpero. [Nec illi qui ſua poſſidentes, dari ſibi aliquid volunt, ſine grandi peccato ſuo, unde pauper victurus erat, accipiunt, ità poſſeſſores non alimenta quibus abundant, ſed aliena peccata ſuſcipiunt.] *c. ſi quis. c. paſtor. ca. 1. q. 2.* Reſpondeant S. Auguſtino ad Boniſacium Comitem ſcribenti. [Si privatum poſſidemus, quod nobis ſufficiat, non illa noſtra ſunt, ſed pauperum quorum procurationem quodammodo gerimus, non proprietatem nobis uſurpatione damnabili vindicamus.] *c. fin. c. 12. q. 1.* Ad hæc, & plura hujuſmodi etiam adverſariis reſpondendum eſſe, nemo non videt. Nam eſt indubitata hodie ſententia, poſſe Clericos habentes patrimonium etiam locuples, impetrare beneficia, & vivere de proventibus Eccleſiæ, juxta conditionem & dignitatem, & patrimonium cum fructibus ſervare quibus volunt. Ità Innocentius in *c. Epiſcopus. n. 1. de præbendis.* ibi. [Non credimus, inquit, quòd qui habet beneficium, vivere debeat de patrimonio, ſed de altari.] Hoſtienſis idem docet, & Felinus docet eſſe communem. & quid plura? Navarrus, acerrimus alioquin adverſarius, in hoc cenſentit de reditib. Eccleſiaſt. n. 78. addens idem eſſe judicium de bonis induſtriâ quæſitis.

76. Rationem autem hujus ſententiæ exhibent ſacræ paginæ. Decet enim, ut *qui altari ſervit, de altari vivat, cùm nemo militet ſtipendiis ſuis.* 1. Corinth. 9. *Dignus eſt operarius mercede ſuâ.* 1. ad Timoth. 5. *Non alligabis os bovi trituranti.* Deutr. 25. Accedunt Canones clariſſimi, *c. Charitatem. ca. 12. q. 2.* ibi. in fine. *Juſtum námque eſt, ut illi conſequantur ſtipendium, qui pro tempore ſuum commodare reperiuntur obſequium*: *c. Eccleſiaſticis ibid. Eccleſiaſticis utilitatibus deſudantes, Eccleſiaſticâ dignum eſt remuneratione gaudere. c. Clerici. c. 1. q. 2. Clerici omnes, qui Eccleſiæ fideliter, vigilantérque deſerviunt, ſtipendia ſanctis laboribus debita ſecundùm ſervitii ſui meritum per ordinationem canonum à Sacerdotibus conſequantur.* Concilium Agathenſe *c. 18.* ut refertur *in cap. Epiſcopi. ca. 12. q. 1.* ſic ſtatuit. [Epiſcopi de rebus propriis vel quidquid de proprio habent, hæredibus ſuis, ſi voluerint, derelinquant. quidquid verò de proviſione ſuæ Eccleſiæ fuerit, ſive de agris, ſive de fructibus, ſive de oblationibus, omnia in jure Eccleſiæ reſervare cenſuimus.] Omitto plures alios canones idipſum apertiſſimè ſtatuentes, qui videri poſſunt apud Proſperum Fagnanum. *l. c.* à n. 8.

77. Quid ergo ad relatas ex Patribus cenſuras dicendum? Omiſſis variis ſolutionibus, quæ non videntur quadrare verbis, imprimis aliqui Patres videntur clarè loqui de illa portione quæ pauperibus eſt aſſignata, quam Clerici aliunde abundantes ſi accipiant, & Pauperes deſtituantur neceſſario ſubſidio, ſibi deſtinato per ſuprà dictam diviſionem & proviſionem, graviter peccant: quod eſt intelligendum de illo tempore, quo hujuſmodi diſtributio vigebat, & de portione pauperum conſtabat. Colligitur hæc reſponſio ex illis verbis: *Si quod pauperum eſt.*

Secunda reſponſio eſt aliorum, quòd Patres ſint intelligendi de caſu extremæ neceſſitatis pauperum, vel etiam gravis neceſſitatis. cùm enim in tali caſu deberent maximè Clerici miſereri pauperum, & etiam ex proprio patrimonio ſubvenire, quomodo excuſari poterunt, ſi ut parcant proprio patrimonio, accipiant ſtipendia ab Eccleſia, quibus alioquin pauperibus ſubveniri poſſet. Hæc eſt mens S. Thomæ. 22. *q. 185. a. 6.* ubi ad auctoritatem S. Hieronymi reſpondet, non omnia bona clericorum eſſe pauperibus eroganda, niſi forſan in articulo neceſſitatis, in qua etiam pro redemptione captivorum & aliis neceſſitatibus pauperum, vaſa cultui divino dicata diſtrahuntur. Certè in tali caſu illa bona evadunt communia in favorem pauperum, adeoque his præ aliis ſunt elargienda.

78. Tertia & valde probabilis reſponſio eſt, Patres loqui de illis Clericis, qui beneficia ambiunt & poſſident, (cùm aliunde vivere poſſent) ex mala intentione, nempe diteſcendi, vel conſanguineos ditandi, nullo alio fine ſpectato, quàm ut lautè, delicatè, pomposè, & baſilicè vivere poſſint, in quem finem accumulant bona Eccleſiæ, & nullis reditibus ſatiantur, & ſæpè beneficia beneficiis adjiciunt, & neſciò ſub quibus prætextibus impetrant, non ſolùm cum ſcandalo, ſed etiam ingenti præjudicio aliorum pauperum clericorum, & cum detrimento

incredibili divini cultûs & servitii. quod utinam non contingat nostris temporibus! Hæc est mens Hugonis *in c. illi autem. ca. 12. q. 1.* dicentis. [Intentio clericorum potest esse mala, si accipiant bona Ecclesiæ eâ intentione, ut possessiones magnas sibi & consanguineis suis emant, divitias cumulent & similia: tunc cum pessima sit illorum intentio, peccant mortaliter sic accipiendo, & suis & Ecclesiasticis sic utendo, imò abutendo: si verò accipiant, ut suis honestis usibus provideant, & pauperibus tempore necessitatis subveniant, optima est eorum intentio, & tunc sine peccato possident sua, & percipiunt Ecclesiastica sibi assignata.]

79. Objiciunt 2. Factâ divisione bonorum pars pauperibus deputata evanuit lapsu temporis, ac probabiliter fuit confusa cum parte Episcoporum & Clericorum: ergo dominium illius partis adhuc manet penes pauperes. Hoc argumentum pluribus peccat. Antecedens est mera divinatio & conjectura. quid si enim ex illa parte fuissent nova beneficia erecta, cùm appareret, pauperibus aliunde à fidelibus esse prospectum? quid si templa ædificata, hospitalia, seminaria erecta? Deinde argumentum peccat in consequentia: nam ex antecedente ad summum inferri posset, solam illam partem, quæ ad pauperes spectat, esse pauperibus elargiendam, non verò cætera: quis enim credat, totam superfluitatem redituum supra congruam sustentationem, provenisse ex illa portione pauperibus assignata? Sed neque hoc probat argumentum, etiam dato antecedente. potuit enim Summus Pontifex ex gravibus causis illam partem pauperum Clericis velle accrescere, videns non deesse pauperibus aliunde subsidium, ut sic personæ magis illustres & idoneæ ad Clericatum allicerentur.

80. Objiciunt 3. Clerici jure communi prohibentur testari de reditibus Ecclesiasticis, ut Tractatu 6. dicetur. ergo signum est, quòd non sint eorum domini. Nego consequentiam. plures enim sunt intestabiles, qui tamen sunt domini, ut inpuberes, filiifam. Prohibentur autem Clerici de superfluis testari non tantùm ad causas profanas, sed etiam ad causas pias (exceptâ modicâ quantitate rerum mobilium *c. relatum de testam.*) ex hac justissima causa, ut hac ratione clerici proniores essent in opera pia, & eleemosynas faciendas inter vivos. Quod si illorum bonorum superfluorum domini non essent, ne quidem consuetudine potuisset introduci, ut de illis bonis testari possent; nemo enim potest de rebus alienis testari, & tamen hæc consuetudo invaluit in Germania, Hispania, & alibi.

81. QUÆRES. An Clerici non solùm validè, sed etiam licitè possint reditus superfluos ad usus profanos expendere. Hæc quæstio non huc, sed ad tr. de Religione vel Charitate spectat. Breviter tamen respondetur ex communi Theologorum negativè. Et quidem ad minùs Iure humano id esse prohibitum, probari solet ex Trid. *sess. 25. c. 5. de Reform.* ubi hæc habentur. [Sancta Synodus omnino interdicit Episcopis, ne ex reditibus Ecclesiæ consanguineos familiarésve suos augere studeant, cùm & Apostolorum canones prohibeant, ne res Ecclesiasticas, quæ Dei sunt, consanguineis donent, sed si pauperes sint, iis ut pauperibus distribuant.] Et paulò pòst. [Quæ verò de Episcopis dicta sunt, eadem non solùm in quibuscunque, beneficia Ecclesiastica tam sæcularia quàm regularia obtinentibus, pro gradûs sui conditione observari, sed & ad Sacræ Romanæ Ecclesiæ Cardinales pertinere decernit.] Quæ verba etsi in rigore possent intelligi de illis bonis Ecclesiæ, quorum Episcopi & alii Clerici tantùm habent administrationem, si tamen consensus DD. imò & eorum qui Concilio interfuerunt, spectetur, etiam de beneficiorum reditibus accipienda sunt.

82. Dixi: *Saltèm jure humano esse vetitum.* Est enim controversum, an etiam jure naturali ità sit illicitum, ut nec Pontifex posset licitam reddere hujusmodi dispositionem ad res profanas. Communis sententia affirmat esse obligationem naturalem, contra quam proinde nulla præscriptio vel consuetudo possit prævalere.

Negativam tamen docuit Sotus *lib. 10. de Justitia q. 4. a. 3.* Lessius *l. 2. c. 4. dub. 6. n. 47.* & alii apud Sanchez *lib. 2. Consil. c. 2. dub. 40.* Hanc sententiam, si rectè intelligatur, censeo esse veram. Et quidem quod me maximè movet, est, quia alioquin nullâ consuetudine potuisset induci facultas testandi ad causas profanas de his bonis, quam tamen consuetudinem esse, negare non possumus, scientibus & non improbantibus Superioribus Ecclesiasticis, prout fusè prosequitur Aug. Barb. *lib. 3. Jur. Eccles. c. 17. & seq. contra Molin.* Deinde nullo solido fundamento probatur hæc obligatio naturalis in eo sensu, quo videtur à suis Auctoribus asseri.

83. Cardinalis de Lugo conatur subtiliter eruere hanc obligationem ex illis verbis Concilii Tridentini paulò antè recitatis. *Quia res Dei sunt.* Sunt autem res Dei, non quasi dominium sit penes solum Deum, sed quatenus fideles illa bona donaverunt Ecclesiæ quasi personam Dei in terris gerenti, volendo his oblationibus honorare Deum, desiderantes, ut Ecclesia de illis bonis non aliter disponat, quàm ad cultum Dei, & prout decet disponi de peculio Christi, perinde ut ex Iustitia deberet disponere, si non esset Domina, sed tantùm Administratrix illius peculii Christi. Hâc suâ intentione fideles non quidem obligabant Ecclesiam ex Iustitia, sed tamen reddebant illas oblationes sanctas, & sacras, unde postmodum resultabat ex ipsa lege naturali indecentia in disponendo de talibus bonis ad usus profanos.

84. Por-

84. Porrò sicut Ecclesia primò statim ante illorum bonorum divisionem habebat obligationem hanc non expendendi nisi ad usus pios, licèt bonorum domina esset, ità postmodùm cum eodem onere transtulit in alios Officiales, Episcopos, & Clericos, quibus noluit dare sicut dantur pauperibus; his enim ità dantur, ut illa datio sit ultimata executio voluntatis divinæ, & donantium, adeoque pauperes non obligantur iterum expendere ad usus pios, sed voluit Clericis dare ut personis idoneis, & cooperatoribus, vel instrumentis in ponenda ultima executione.

Hic est discursus Cardin. de Lugo: in quo, ut patet, ipsemet supponit, & est res per se clara, hanc denominationem: *esse res Dei. esse in patrimonio Christi, &c.* esse denominationem extrinsecam, separabilem ab illis rebus, sicut Consecratio potest à Calice separari per profanationem. Hoc supposito, discursus factus probat quidem, res illas quamdiu ex voluntate Ecclesiæ manent res Dei, tamdiu esse obligationem naturalem eas non profanandi auctoritate privatâ Clericorum: Cum hoc tamen stare potest, quòd Ecclesia posset eas res suâ auctoritate profanare, tradendo Clericis absque obligatione iterum expendendi ad causas pias, sicut profanat illa, quæ dat pauperibus, cantoribus, præsentibus in Choro, &c. Hinc jam potest salvari (si tamen expedit eam salvari, de quo alii judicent) consuetudo testandi ad causas profanas; dum enim Ecclesia hanc consuetudinem tolerat, tacitè videtur insinuare, se statum sacrum illarum rerum, hoc est redituũ, velle solùm durare usque ad tempus mortis, tunc autem desinere esse res Dei.

85. Confirmo hunc meum discursum ex Constitutione Pauli. V. editâ 8. April. 1606. quæ incipit. *In eminenti.* In hac ergo Constitutione (quam nimis longum esset de verbo ad verbum referre) imprimis tribuit omnimodam facultatem incolis & civibus vrbis Romæ, qui in ea vel ejus districtu infra decem milliaria, non tamen extra debitam Residentiam decesserint, liberè & licitè, pro libito voluntatis disponendi de omnibus suis bonis, etiam provenientibus ex quibuscunque fructibus, reditibus, proventibus, Iuribus, obventionibus, & emolumentis Ecclesiasticis, etiam decimalibus Ecclesiarum, & beneficiorum quomodolibet qualificatorum, quæ in titulum vel commendam, aut administrationem, vel aliàs quomodolibet, etiam ex dispensationibus Apostolicis obtinent, seu antè obtinuerint, vel imposterum obtinebunt, cujuscunque qualitatis, quantitatis & valoris existant, per eos acquisitis vel acquirendis in eadem urbe & illius districtu, infrà decem milliaria consistentibus, tam inter vivos, quàm NB. in ultima voluntate in favorem consanguineorum & affinium suorum, & quarumvis aliarum personarum, etiam penitùs extranearum. Insuper decrevit, ut ijsdem decedentibus ab intestato, eorum bona ex bonis & reditibus Ecclesiasticis supradictis provenientia per eos acquisita, ad eorum hæredes ab intestato venientes liberè deveniant. Idem priùs statuerat Julius III. in Const. quæ incipit. *Cupientes, ut alma Vrbs nostra.* edita 6. Id. Maij 1549. Sicut ergo hoc fieri potest ab his ex speciali indulto, potest per consuetudinem fieri in aliis. Sed de hoc iterum Tractat. 6.

Placet nunc breviter expedire dubia quædam faciliora circa præsentem materiam. Itaque

86. DUBITATUR 1. An quæ Clerici acquirunt tanquam Distributiones pro Præsentia, item quæ ratione Capellaniæ, ac denùm Pensiones, acquirant cum obligatione expendendi superflua in usus pios. Affirmant de distributionibus Navarrus, Molina, & alii. Probabiliùs tamen alii negant: quia potiùs videntur numerandæ inter bona quasi patrimonialia, cùm dentur ab Ecclesia ut stipendium & merces illius laboris & assistentiæ, sicut etiam datur Cantoribus, Grammaticis, &c. quarum distributionum finis est, fovere studium assistendi in Choro.

87. Quoad Capellanos iterum affirmat Navarrus, Sylvester, quos sequitur Azor. Sed rectiùs hanc obligationem alii negant, voluntq; Capellanias non solùm amovibiles, seu non collativas, sed etiam collativas seu inamovibiles, esse eximias ab illo onere expendendi in usus pios, haberique pro bonis quasi patrimonialibus. Ratio est, quia licèt computentur inter beneficia Ecclesiastica, propter stabilitatem suam, & ideo talis Capellanus inamovibilis teneatur ad Horas Canonicas, nihilominus censentur ex intentione Fundatoris conferri instar Stipendiorum Missæ, sicut Capellaniæ amovibiles.

88. Quoad Pensiones, quamvis aliqui ut Palao & Molina, atque etiam Barbosa l. c. n. 33. in fine, distinguant inter illas quæ dantur titulo sæculari, & quæ titulo spirituali, probabiliùs tamen universim de omnibus dicendum est, accedere bonis quasi patrimonialibus, quia extractio illa bonorum ex fructibus beneficii, requirit causam piam, & ideo jam per illam ultimatè satisfactum est obligationi expendendi illa bona in usus pios.

89. DUBITATUR 2. Quinam veniant nomine pauperum, quibus si Clerici elargiantur sua superflua, satisfaciunt obligationi prædictæ. ℞. Venire quamcunque causam piam, ut ex omnium sententia tradit Fagnanus. Loquendo autem magis in specie de personis. ℞. Venire non solùm illos, qui non habent necessaria ad naturæ conservationem, sed etiam, qui non habent necessaria ad suum statum conservandum, quales hoc tempore sunt quandoq; etiam Illustres Personæ.

90. DUBITATUR 3. An bona superflua possint elargiri etiam illis, qui non sunt membra illius Ecclesiæ, unde tales reditus provenerunt. ℞. Per se loquendo, affirmativè.

In gravi tamen necessitate membrorum propriæ Ecclesiæ, his præ extraneis succurrendũ esset. Ad hoc enim ipsa Ecclesia obligabatur priusquam beneficiariis illa conferret: ergo cum eodem onere transfert in beneficiarios tanquam suos Officiales, ut dictum est.

91. DUBITATUR. 4. Quænam quantitas bonorum sit mortalis, si expendatur in usus profanos. Diana *p. 5. tract. de Eleemosyna. Resol.* 27. secutus Petrum Hurtadum, universaliter dicit, quemlibet Ecclesiasticum etiam ditissimum, satisfacere suæ obligationi, si seclusis necessitatibus gravibus, eroget in communibus necessitatibus quartam partem redituum Ecclesiasticorum, vel certè dimidium illius, quod remanet post congruam sustentationem: citant pro se Sotum *lib.* 10. *de Iust. q.* 4. *a.* 4. *V. quamvis documentum.* Toletum *lib. de septem peccatis mortalib. c.* 38. Tabienam & Molinam *to.* 1. *disp.* 146. *v. Contrarium majore.* Lorcam *disp.* 40. *de Charitate. n.* 43. Bannez *a.* 6. *dub. ult. v. ex dictis omnibus.* Si Hurtadus & Diana solùm velint, quòd sufficiat talem summam actu expendere in causas pias, reliqua superflua reservando in aliud tempus & alias occasiones, quibus possent occurrere necessitates necdum prævisæ, vel occasiones ædificandi, aut fundandi hospitalia, aut nova beneficia erigendi, ità ut necdum concluserit Beneficiarius, qualiter tandem velit ea expendere, tunc nullam meretur hæc sententia reprehensionem. Nam licèt Navarrus & quidam alii velint, statim esse expendenda superflua in usus pios, invehantúrque graviter in thesaurizantes, alii tamen cum D. Thoma docent, quando non est necessitas, licitum esse ex dictis reditibus emere possessiones, vel colligere thesaurum pro futuris necessitatibus, modò id fiat syncerâ intentione, & non sit prætextus palliandæ avaritiæ, nec sit periculum repentinæ mortis, post quam ab amicis diripiatur thesaurus. Si verò illi auctores velint (ut videntur velle) quòd reliqua possint licitè impendi in usus profanos, est sententia nimis laxa, meritóque reprehensa à Card. de Lugo, qui etiam observat, malè pro ea adduci auctores nominatos. Nam imprimis Toletus cum Tabiena solùm dicit, quòd licèt beneficiarius sit dispensator horum bonorum, possit tamen nomine Ecclesiæ suis consanguineis aliquid donare si indigeant, & maritare neptes, habitâ ratione conditionis sui status: & hoc nemo negat. Molina verò loco allegato nec illud dixit, nec dicere poterat, cùm disp. 144. contrarium docuerit. Bannez denique solùm dixit, se non absoluturum Episcopum Hispaniæ, nisi saltèm quartam partem redituum in eleëmosynas expendisset in communibus necessitatibus, quia in Episcopis Hispaniæ putavit illam quartam partem ad minus esse superfluam congruæ sustentationi. nunquam autem dixit, quòd si longè plus supersit, possit ad usus profanos expendere. Eadem videtur esse mens Lorcæ & Soti. Ad dubium ergo. ℟. Quantitatem illam non esse mensurandam illâ Regulâ Theologicâ, quæ solet tradi de quantitate mortali furti. Non enim obligatur beneficiatus ex justitia. P. Coninck quidem, Molina & Palao, satis laxam Regulam assignant, scilicet quartam vel quintam partem omnium redituum fore mortalem, si expendatur in usus profanos, non tamen infrà. Unde sequitur, quòd Archidiaconus Toletanus, qui habet annuos reditus Triginta millia aureorum, posset absque peccato mortali expendere in usus profanos, ultra quinque millia. Magis placet Regula Card. de Lugo, nempe vigesimam partem bonorum superfluorum, si hæc excedant summam. 100. fl. Nam quinque floreni respectu tantæ summæ censetur parva quantitas, & qui cætera omnia in usus pios expenderet, aut reservaret, censeretur moraliter sua superflua expendisse in usus pios.

92. DUBITATUR 5. An beneficiatus, qui post beneficium sibi collatum de suis bonis patrimonialibus pro sua sustentatione vel ad causas pias expendit, possit postmodum illam summam sibi restituere & compensare ex suis reditibus Ecclesiasticis, etiamsi dum expenderet, non habuerit animum reservandi ex reditibus. ℟. Affirmativè. Nam ut traditur in materia de Legibus, communiter & regulariter præcepto satisfit, etiamsi non adsit memoria præcepti, modò ponatur opus quod præcipitur. Atqui in casu nostro talis Clericus jam expendit in sui sustentationem de bonis Ecclesiasticis, si postea resarciat, quod antè Iure expendere potuisset. Ergo, &c.

Sed quid si habuisset positivum animum non resarciendi? In hoc casu plures, quos sequitur Palao, negant posse postea resarcire, sed meliùs & consequentiùs affirmat Lugo: nam præcepto etiam tunc satisfit, quando ponitur opus præceptum, etiamsi adsit intentio non satisfaciendi præcepto per illud opus.

93. DUBITATUR 6. Si Beneficiarius habeat accidentales dotes, & qualitates, quibus alios excedit, ut nobilitatem sanguinis, præstantiam doctrinæ, &c. An sicut ratione harum qualitatum ducit statum dignum sumptuosiore sustentatione, ità ex bonis Ecclesiasticis possit facere illum excessum sustentationis. ℟. Posse quidem aliquantò plus in sui sustentationem convertere, quàm alius carens hujusmodi qualitatibus, non tamen totum illum excessum, si habeat ex patrimonialibus, unde convenienter cum splendore majore sese sustentare possit. Si tamen ex his non habet, potest ex reditibus beneficii pro sustentatione accipere, quantùm requirit nobilitas status, & conditionis.

94. Responsio habet tres partes. Prima probatur. Nam ex dignitate hujusmodi personarum, sunt etiam ejus obsequia præstantiora; quia est Ecclesiæ valde honorificum, quòd ei ab ejusmo-

ejusmodi nobilibus personis serviatur: ergo ratione hujus majoris honoris sunt præstatiora obsequia: ergo hoc majus pretium potest Ecclesia compensare. Secunda pars etiam probatur. Quia nec decet, nec expedit Ecclesiæ, imò perniciosum esset, alere ejusmodi Nobiles Ministros, qui prætextu Nobilitatis vellent expensis Ecclesiæ uti, ut suis parcerent; quia nobilitatis excessus non reddit tam excessivè pretiosius obsequium; hoc est, non est proportio inter excessum sumptuum à tali persona faciendorum, suprà communes sumptus faciendos ab alio Beneficiario non ità nobili, & inter excessum honoris, qui accedit Ecclesiæ ex obsequio talis personæ suprà honorem accedentem ex alio Beneficiario non ità Nobili. Probatur denique tertia pars. Ecclesia potest sua bona expendere in usus pios: atqui pium est sustentari indigentes, quales sunt omnes illi, qui non habent statui suo necessaria, ut sup. dictum est. Et ex hoc fundamento dispensatur in pluralitate beneficiorum incompatibilium.

95. DUBITATUR 7. Si Beneficiarius exhibeat Ecclesiæ opera superogationis, ad quæ ratione officii non obligatur, an inquam pro illo obsequio possit ex reditibus aliquid amplius suo patrimonio adjicere. ℞. Affirmativè. cùm enim sit Dominus simul, & dispensator superfluorum, potest pro similibus operibus tam sibi quàm aliis erogare.

96. DUBITATUR 8. An si Beneficiatus parciùs vixit, quàm tenebatur, possit ex reditibus Ecclesiasticis tantùm quantùm comparsit, expendere in usus profanos. ℞. Affirmativè, quia jam censentur transire in bona patrimonialia.

97. DUBITATUR 9. & difficiliùs, utrum Beneficiatus possit ad piam causam alienare fructus, seu reditus sui beneficii ad plures annos, v. g. ad vitam concedentis, vel accipientis. Casus sit iste. Clericus vult dotare sororem pauperem: non potest autem competentem dotem totam simul numerare Marito, dat illi facultatem capiendi decimas ex certo prædio tamdiu quamdiu Beneficiatus, & soror in vivis essent, alterutro tamen defuncto Ius illud cessaret. Videtur indubitatè affirmandum: causa enim est pia, & Clericus est redituum Dominus, & communiter Theologi concedunt, posse Clericum dare moderatam dotem filiæ etiã spuriæ, si indigeat. Accedit, quòd Clericis liberum sit alienare fructus suorum beneficiorum ad vitam alienantis *c. de cætero. & c. veniens.* 8. *de transactionibus*, vel saltèm ad septennium *c. fin. ne Prælati vices suas sub annuo censu concedant.* Neque hoc est contra Extravag. *Ambitiosæ*, quæ licèt prohibeat alienationem, vel locationem ad triennium bonorum immobilium, non tamen prohibet alienationem fructuum talium bonorum: unde tempore illius extravag. liberum erat Beneficiatiis reditus locare ultra triennium, & etiam alienare saltèm ad modicum tempus. *Clem.* 1. *de Rebus Eccles. non alienand.*

98. In contrarium tamen videtur urgeri posse ex *cap.* 3. *de arbitris.* ubi similis casus habetur. Nam cum quidam G. duxisset sororem alicujus Clerici, qui fidei interpositione promisit dare loco dotis annuatim quinque solidos: ortâ postmodum controversiâ compromiserunt in arbitros, qui arbitrati sunt, quòd Maritus sororis Decimas, quas in Paræcia habebat ille Clericus, pro quinque solidis taxatis perciperet annuatim. *Vnde*, inquit Alexander III. [Quoniam hujusmodi arbitrium Ecclesiæ posset imposterum perniciosum existere, mandamus, quatenus si ità inveneris, prænominatum G. diligenter commoneas, & Ecclsiasticâ districtione compellas, ut prælibatas decimas liberas omnino dimmittat, nec sibi occasione hujusmodi aliquid ulteriùs vindicare præsumat. Clericum verò moneas, ut cum eodem G. amicabiliter studeat convenire.] Hæc tamen optimè meo judicio, præ aliis conciliat August. Barbosa. *L. c. n.* 40. dicens in cit. cap. ideo damnari arbitrium, quia poterat deinceps existere perniciosum Ecclesiæ, v. g. si post mortem Clerici Maritus, aut soror contendissent retinere Decimas, vexando Ecclesiam litibus, & impensis: indicatur hoc illis verbis. *Quoniam hujusmodi arbitrium Ecclesiæ posset imposterum perniciosum existere.* Præsertim cùm arbitrium fuerit absque ulla temporis præfinitione absolutè conceptum, adeoque in perpetuum *arg. l.* 1. *ff. pro socio. v. ejus. in d. Clem.* 1. adeoque alienationem continebat. *dict. Clem.* 1. ergo absque debitis solennitatibus, & evidenti utilitate valere non poterat. Itaque non ex alio capite improbatur *in cap.* 3. arbitrium, quàm quia imposterum poterat Ecclesiæ esse perniciosum quatenus alienationem continere videtur.

99. Quod verò in ratione dubitandi dictum est, quasi liberum sit Beneficiariis alienare reditus suorum beneficiorum ad vitam sive alienantis sive percipientis, id falsum esse constat ex c. 2. *& vlt. Ne Prælati vices suas.* Neque id probant allegata capitula *c. de cætero. & c. veniens. de transactionib.* nam imprimis ibi sermo est de transactione ad vitam solummodo transigentium, absque ullo successorum præjudicio, adeoque non est vera alienatio absoluta, de qua Iura loquuntur, dum super prohibita alienari prohibent transactionem. *L. si non solùm C. de prædiis minor.* Deinde ibi agitur de Transactione, & compositione super re Dubia, & lite incerta, ut constat ex recepta Transactionis definitione: unde certò dici non potest, qualisnam ex transigentibus rem ad suam Ecclesiam spectantem alienet, cùm sub judice lis sit. Ità ferè Barbosa.

100. Ca-

100. Cæterùm etsi Beneficiatus non possit suos reditus alteri locare ad longum tempus, *c. vestra. de locato.* potest tamen locare ad triennium, ut conceditur in *Extrav. Ambitiosæ. de Reb. Eccles. non alien.* non tamen ultrà, v.g. ad duo triennia cum adjecto pacto ut post primum incipiat secundum. Covarr. *lib. 2. var. c. 16. n. 4.*

Illud dubitari posset, an ad multos annos v.g. ad totam vitam suam posset Beneficiatus se personaliter obligare, ad alteri permittendam fructuum perceptionem. Ratio dubitandi esse posset, quia videretur in effectu esse alienatio. Nihilominus dicendum cum Bonacina, Filliucio, Quaranta, Molina, Guttierez, Barbosa, &c. hoc nullo Iure prohibitum esse; neque tale pactum esse alienationem, quia inducit solam obligationem, & actionem personalem, non realem, ità ut alter Iure proprio possit fructus percipere, quod solum improbant Iura. Unde Rota decis. 181. dixit, quòd Titulares benè possunt obligari ad annuam pensionem ex fructibus beneficiorum solvendam vitâ suâ durante.

Triennium ad quod locare licet, non est accipiendum materialiter, sed formaliter, seu utile, unde si uno alterove anno nihil, aut parùm perciperetur, alii anni adjiciendi essent, quibus tandem triplex fructuum collectio constaret, ut ijdem auctores tradunt.

101. Si locatio facta esset ultra triennium, volunt multi in totum vitiari, eò quòd Pontifex in extrav. dicat: *nullius omnino sit roboris, & momenti.* Alii volunt, valere ad triennium, eò quòd utile per inutile non vitietur, per Regulam Iuris in *6.* & hæc quidem opinio prævalet, si intentio contrahentium talis fuit, ut vellent valere, quantùm valere per leges posset: secùs enim esset, si eorum intentio fuisset ad totum tempus alligata, ut aliter valere nollent, nisi longiore tempore posset valere.

102. DUBITATUR 10. Si Beneficiarius intra annum decedat, & beneficium alteri sit collatum, qualis sit facienda fructuum divisio inter hæredes, & successorem in beneficio. Communior est sententia, fructus pendentes, aut necdum ab Antecessore collectos, aut exactos, pertinere ad successorem, separatos verò, & collectos pertinere ad hæredes, sicut suo loco de Usufructuario dictum est, *præced. tract. cap. de servitut.* Alii, quos sequitur Molina *d. 635. n. 7.* & Filliucius *tr. 41. c. 6. q. 6. n. 44.* putant fructus inter beneficiati hæredes, & successorem esse dividendos, quod idem dicendum est de Beneficiato renunciante intra annum, quia beneficium datum est propter officium, & servitium Ecclesiæ præstitum.

103. Verùm anno 1550. emanavit Bulla Julii. III. incip. *Motu proprio*, quâ disponitur, fructus, ubi non spectant ad Cameram tanquam spolia, spectare ad successores, dummodo realiter, & cum effectu necdum percepti fuerint ab antecessore, & aliis propriis bonis incorporati, quantumvis beneficiatus omni diligentiâ conatus sit illos, etiam judicialiter obtinere. Sed hæc Bulla non est ubique recepta; an in Germania recepta sit, mihi non constat, & usus consulendus est.

CONTROVERSIA III.

Quænam potestas alienandi competat Administratoribus bonorum Ecclesiæ.

SVMMARIVM.

Administratores bonorum Ecclesiæ quousque prohibeantur alienare bona Ecclesiæ. 104.
Quænam sint justæ causæ. 105.
Quid requiratur in Religione Societatis JESU. 106.
Bulla Greg. XIII. eod.
Bulla Vrbani VIII. 107.
Per accidens fieri potest, ut Solennitates non requirantur. 108.
Res immobilis exigua, & inutilis, vel longè dissita, potest sine consensu Pontificis alienari. 109.
Inutiles, etsi non damnosæ, cum consensu majoris partis capituli. 110.
Pro pretio rerum damnosarum emenda bona utilia. 111.
Vrgente necessitate, ut non sit recursus ad sedem Apostolicam, valet alienatio hac non consultâ. 112.
Ex rationabili causa debet Ecclesia cum Principe Patriæ commutare possessiones, nec tenetur, Princeps dare aliquid majoris valoris. 113.
Possunt bona duarum Ecclesiarum sub eodem Prælato existentium inter se commutari irrequisitâ Papæ licentiâ. eod.
Alienatio etiam latè dicta prohibetur. 114.
Quoad Feudum, & Emphyteusin intelligenda est prohibitio de illis de novo concedendis. 115.
An Emphyteusis possit concedi solùm ad vitam accipientis, vel etiam pro hæredibus. 116.

104. DICENDUM 1. Administratores bonorũ Ecclesiæ prohibentur immobilia & mobilia pretiosa quæ servando servari possunt, per se loquendo alienare, nisi ob justã causam, & interveniente solennitate requisitâ; quæ duo copulativè requiruntur. Ità habetur *Auth. de non alienand. aut permutandis rebus Eccles.* Quæ est Novella. 7. *& L. jubemus & seqq. C. de SS. Eccles.* Quæ in Iure Canonico confirmantur eodem tit. *de rebus Eccles. alien.* cui deinde accessit Extravagans communis incip. *Ambitiosæ.* ubi Paulus II. prohibet omnium bonorum Ecclesiasticorum immobilium & mobilium pretiosorum, quæ servari possunt, alienationem, omnéque pactum per quod dominium transfertur, concessionem, hypo-

hypothecam, locationem & conductionem ultra triennium, infeudationem & contractum Emphyteuticum, præterquam in casibus à Iure concessis, & postea referendis.

105. Dixi 1. *Ob justam causam.* cujusmodi enumerantur. 4. 1. Necessitas: ut si Ecclesia sit ære alieno gravata. 2. Major Ecclesiæ utilitas. 3. Pietas, ut, pro redemptione captivorum, vel pauperum necessitate sublevanda. 4. Incommoditas rei, quam ideo expedit alienari, quia si servetur, plus incommodi quàm commodi inde recipiat Ecclesia.

Dixi 2. *Et interveniente Solennitate requisitâ.* quæ in sequentibus consistit. Primò, ut præcedat Tractatus cum Capitulo, vel cum illis ad quos res alienanda pertinet, an expediat alienatio, & an adsit una ex requisitis causis. *C. sine distinctione. ca. 12. q. 2. & c. 1. de Reb. Eccles. non alienand. in 6.* ibi. [Quia tractatus solennis diligens, qui in talibus concessionibus perpetuis & alienationibus rerum Ecclesiasticarum exigitur, non fuit habitus in eadem: ordinationem, & concessionem ipsam (præsertim cùm evidens necessitas quare fieri deberet, vel utilitas non subesset) decernimus non valere.]

Secundò, ut accedat consensus quoad majorem partem tunc præsentium, vel Capitularium, vel Beneficiarorum, si plures habet, ut tradunt Interpretes in tit. *de his quæ fiunt à Prælatis sine cons. cap.*

106. Advertunt tamen Molina, VVadingus & Palao, in Religione Societatis Jesu solùm requiri tractatum cum Consultoribus, non tamen eorum, vel Collegii, aut immediati Superioris consensum: sed Consultores solent subscribere informationi, quæ mittitur ad Generalem: quamvis nec hæc sint essentialia, sed sufficiat, quocunque modo Generalis, vel Congregatio sit benè informata, ut colligitur ex Bulla Greg. XIII. quæ incip. Apostolicæ Sedis. ibi. [Ut ex nunc de cætero perpetuis futuris temporibus, informatione de contractibus ineundis per litteras, vel aliàs, prout ipse Generalis statuerit, à subordinatis localibus Præpositis, vel Rectoribus, aut Præfectis, seu eorum vices gerentibus, vel à Provincialibus, seu Visitatoribus, aut Commissariis, vel ab aliis sibi benè visis, auditis juxta eorum Institutum Consultoribus, acceptâ, quæcunque Domorum, tum Professarum, tum Probationis, Collegiorum, & aliorum locorum ejusdem Societatis ubilibet consistentium bona stabilia & immobilia, seu quasi stabilia, nec non & pretiosa mobilia, cujuscunque qualitatis, & quantitatis ac valoris, & in quocunque loco posita, pro pretio & sub pactis, conditionibus, modis, & formis hinc inde conveniendis, in evidentem tamen Domorum & Collegiorum hujusmodi utilitatem, per se vel alium, seu alios, vendere, alienare, permutare, ac etiam in Emphyteusin, seu Livellum ad tres generationes vel nominationes tantùm, seu ad longum tempus pro affictu sibi benè viso concedere absque alia à nobis vel Successoribus nostris Romanis Pontificibus pro tempore existentibus, aut Sede prædictâ, vel illius de Latere Legatis, seu Nuntiis, aut etiam locorum Ordinariis petenda, vel obtinenda licentia, seu confirmatione, liberè & licitè possit, & valeat, concedimus & indulgemus, &c.] Hæc Gregorius XIII.

Postea verò Urbanus VIII. in Bulla mox alleganda, requisivit ultra consensum Generalis etiam consensum Sacræ Congregationis Concilii Tridentini. Tertiò requiritur auctoritas & consensus saltèm Prælati, qui ex munere publico Ecclesiæ præest, ut Archiepiscopi, Episcopi, Abbatis exempti, Generalis Ordinis, &c. Quòd si inferior Ecclesia Rectore careat, constituendus est Administrator seu Defensor, priusquam Episcopus auctoritatem præbeat alienationi. *c. 1. de Reb. Eccles. non alien. Non licet Episcopo vel Abbati terram unius Ecclesiæ vertere ad aliam, quamvis ambæ sint in ejus potestate; tamen si commutare voluerit terras earum, cum consensu ambarum partium fiat.* Quartò requiritur, ut fiat subscriptio à Capitularibus, vel Notario pro consuetudine loci. Quintò denique adjecta est solennitas in allegata Extrav. Ambitiosæ, ubi requiritur, ut Summus Pontifex consulatur: unde & ab Episcopis, aliisque Prælatis, qui à Papa confirmantur, juramentum exigi solet de rebus non alienandis inconsulto Papâ. Hæc Extravagans postea confirmata magisque declarata est ab Urbano VIII. vel potiùs à Congregatione Concilii Trid. ex mandato Papæ 1624. 7. Sept. quod quidem decretum directum est ad solos Regulares, ex eo tamen colligitur, alienationes sine consensu Sacræ Congreg. factas non solùm illicitas sed etiam irritas esse, quod quidem Extrav. *Ambitiosæ* non satis expresserat, & ideo aliqui DD. secùs interpretati sunt. Præterea Urbanus etiam pœnas auxit: nam in Extrav. *Ambit.* Abbates non privabantur ipso facto beneficiis, quorum bona alienabant ipso facto: item inferiores Prælati vel Rectores privabantur tantùm illis beneficiis quorum bona alienabant. in Constit. Urbani privantur omnibus officiis, quæ tempore alienationis obtinent, & redduntur inhabiles ad ea imposterum obtinenda. Et quia maximæ considerationis est hæc constitutio, quæ ut præ oculis habeatur, optandum est, non erit inutilis labor, si eam huc transscripsero; nisi enim hujusmodi quandoque referantur, planè in oblivionem perniciosissimam abeunt. Tenor est iste.

107. [Sacra Congregatio Card. Conc. Trid. Interpretum, rerum experimento edocta, quantùm Religiones accipiant detrimenti, ex bonorum mobilium & pretiosorum mobilium detractionibus, quas crebrò faciunt Regulares Apostolicis privilegiis innixi, ac proinde operæ pretium putans illorum facultatem aliquâ ratione

 ne

ne compescere, speciali Sanctis. Dn. nostri jussu Generalibus & Provincialibus capitulis, vel Congregationibus, Abbatibus, Generalibus, & quibuscunque aliis Superioribus Regularibus cujusvis ordinis, Congregationis, Societatis, Instituti, intra fines Europæ existentibus, omnium rerum & bonorum immobilium ac pretiosorum mobilium alienationem, omnéque pactum, per quod ipsórum dominium transfertur, census perpetuos seu vitalitios, hypothecam, locationem & conductionem ultra triennium, concessionem in feudum, vel emphyteusim, præterquam in casibus à Jure permissis fieri perpetuò prohibet, atque interdicit, absque illius Concilii expressâ licentia, in scriptis & gratis concedenda, sub pœna privationis omnium officiorum quæ tunc obtinebunt, vocísque activæ & passivæ ac perpetuæ inhabilitatis ad illa imposterum obtinenda, quam ipso facto absque alia declaratione incurrant, sublatâ etiam Generali & Protectori illam moderandi vel relaxandi facultate, pœnis nihilominus Apostolicarum Constitutionem, & præsertim fel. Recor. Pauli II. quæ incipit. *Ambitiosæ.* in suo robore permansuris. Alienationes verò, pacta, census, hypothecas, locationes, conductiones & concessiones quascunque contra hujusmodi prohibitionem faciendas, Sanctitatis suæ auctoritate ipso jure nullas atque irritas decernit. Non obstantibus Constitutionibus, Ordinarionibus Apostolicis in favorem quarumcunque personarum atque Ordinum tam mendicantium, quàm non mendicantium, Militiarum etiam S. Joannis Hierosolymitani, Congregationum, Societatum, ac cujusvis alterius Instituti, etiam necessariò & in individuo exprimendi, Monasteriorum, Conventuum, Collegiorum, Domorum, ac locorum Regularium quorumcunque, necnon illorum etiam Iuramento, confirmatione Apost. vel quavis firmitate aliâ roboratis, statutis vel consuetudinibus etiam immemorabilibus, exemptionibus quoque, indultis, & privilegiis, sub quibuscunque tenoribus & formis, & cum quibusvis etiã derogatoriarum derogatoriis, aliísque efficacioribus & insolitis clausulis necnon irritantibus decretis, etiam Motu proprio & ex certa scientia, ac de Apostolicæ potestatis plenitudine, aut aliàs quomodolibet, etiam per viam communicationis, seu extensionis concessis, & iteratis vicibus approbatis & innovatis, etiamsi pro illorum sufficienti derogatione, de illis, eorúmque totis tenoribus & formis specialis & individua, & de verbo ad verbum, non autem per clausulas generales idem importantes mentio seu quævis alia expressio habenda, & aliqua alia exquisita forma servanda esset, tenores hujusmodi pro expressis habentes, quibus quoad ea quæ præsenti decreto ac prohibitioni adversantur, illis aliàs in suo robore permansuris, specialiter & expressè Sanctitatis suæ auctoritate derogat, cæterísque contrariis quibuscunque.]

108. Dixi tertiò. *Bona immobilia vel pretiosa, &c.* nam quæ vel servando servari non possunt, vel non sunt pretiosa (qualia censentur quæ valorem decem aureorum non excedunt, vel quæ talia judicantur prudentis arbitrio juxta loci consuetudinem, ut docent Barbosa, Riccius, Bonac. Palao) potest administrator alienare, si judicet expedire Ecclesiæ, nec alia solennitas requiritur, nec ad hæc se extendit juramentum de non alienandis.

Dixi 4. *Per se loquendo.* Nam per accidens fieri potest, ut solennitates non requirantur, prout indicatur in Constitutionibus adductis, ubi dicitur, prohiberi alienationem, pactum transferens dominium, census perpetuos vel vitalitios, hypothecam, locationem & conductionem ultra triennium, concessionem in feudum, seu Emphyteusin: *præterquam in casibus à Jure concessis.* his, inquam, verbis, indicatur esse casus aliquos in jure expressos, ad quos Pontifex non requirat dictas solennitates saltèm omnes. Et quamvis aliqui rigidi DD. putaverint, hoc solùm procedere in Feudo & Emphyteusi, alii tamen jam communiter tradunt, *Molina, Tanner, VVadingus, & ex Canonistis Zypæus de Jure Novis.* ultima verba allegata referenda esse ad omnes alios contractus præcedentibus verbis nominatos; v.g. si in Jure sit casus expressus, quo valeat locatio ad septennium, illa pro tali casu non censebitur prohibita in dictis Extrav. Quinam verò casus sint, pro quibus dictæ solennitates non requirantur, est inquirendum.

109. DICENDUM ergo 2. Res immobilis, si sit exigua, (factâ comparatione cum reliquo Ecclesiæ ad quam pertinet patrimonio) & simul vel inutilis, vel longè dissita, potest sine solennitatibus, adeoque etiam sine consensu Pontificis, saltèm de Jure communi alienari, & sufficit, administratori videri hanc alienationem esse necessariam. Ità habetur. c. *Terrulas. ca.* 12. *q.* 2. *Terrulas aut vineolas exiguas, & Ecclesiæ minùs utiles, aut longè positas, & parvas, Episcopus sine consilio Fratrum (si necessitas fuerit) distrahendi habeat potestatem.* Glossa taxat. 20. aureis.

110. DICENDUM 3. Res, quæ Ecclesiæ sunt minùs utiles, etsi non damnosæ, possunt alienari sine consensu Pontificis, modò adsit consilium & consensus sanioris partis Capituli. colligitur ex c. 8. *de reb. Eccles. alien.* ubi Pontifex concedit hanc facultatem Episcopis irrequisito Pontifice, quem in cæteris vi juramenti deberet consulere. ibi. *Possessiones verò, quæ Ecclesiæ tuæ minùs sunt utiles, pro aliis utilioribus de Fratrum tuorum sanioris partis consilio & assensu alienandi seu commutandi liberam concedimus facultatem.*

111. DICENDUM 4. Res non solùm inutiles sed etiam damnosæ, v.g. ædes quibus

bus conſervandis plus impendendum quàm inde utilitatis capiatur, poſſunt ſine ullis ſolennitatibus ab adminiſtratore alienari, ità tamen ut pro pretio emat alia bona utilia, quod etiam in præcedentibus aſſertionibus ſubintelligendum eſt. Colligitur ex cap. *non liceat Papæ, &c. ſine exceptione. ca. 12. q. 2.* ibi. *Niſi fortè aliquid horum faciat, ut meliora proſpiciat, & cum totius Cleri tractatu atque conſenſu eligat id, quod non ſit dubium profuturum Eccleſiæ.* Rationem dant Canoniſtæ: quia moraliter non tam eſt alienare, quàm bona Eccleſiæ conſervare, rectéque adminiſtrare.

112. DICENDUM 5. Quando neceſſitas ſive alendi miniſtros, ſive ſubveniendi captivis aut pauperibus ità urget, ut non ſit recurſus ad Sedem Apoſtolicam, valet alienatio etiam hac inconſultâ. Colligunt DD. ex cap. *Tua nos. de Eccleſ. ædificandis.* ibi. *Fraternitati tuæ mandamus, quatenus illius juramenti* (de rebus non alienandis) *occaſione nullatenus prætermittas, quin populo indigenti ſuper baſilicarum inſtitutione ſtudeas ſalubriter providere.* & ex illis juribus, quibus permittitur, imò præcipitur venditio ſacrorum vaſorum aureorum, ut *c. aurum. c. gloria. ca. 12. q. 2.*

113. DICENDUM 6. Ex rationabili cauſa poteſt, imò debet Eccleſia cum Principe Patriæ commutare poſſeſſiones, nec tenetur Princeps dare aliquid majoris valoris, modò det æquale. *c. 1. de rerum permutat.* ibi. [Si Princeps voluerit rem mobilem Sanctis locis præſtare, & accipere ab eis aliam immobilem, eóque modo de communi voluntate permutationem contrahere, liceat ei hoc facere, ſi cauſa rationabilis id expoſcat, & res quam præſtiterit, major fuerit vel æqualis. pragmaticâ Sanctione ſuper hoc promulgatâ.] v.g. ſi Princeps ex fundo Eccleſiæ vellet Vivarium facere, Civitatem dilatare, &c. Debet tamen Princeps edere pragmaticam Sanctionem, hoc eſt, facere Inſtrumentum permutationis. Alias ſolennitates non requiri docent plures, quos ſequitur Tuſchus V. Alienatio. Conc. 273. & P. VVadingus, contra plures alios. Ratio eſt, quia alioquin non apparet, quis favor ſpecialis & æſtimabilis Principi patriæ concedatur.

DICENDUM 7. Poſſunt bona duarum Eccleſiarum ſub eodem Prælato exiſtentium & ſubjectarum, inter ſe commutari, irrequiſitâ Papæ licentiâ, modò Prælatus convocatis iis, qui vel ex ſtatuto vel ex conſuetudine convocandi ſunt, actum perficiat. Videtur haberi in *c. 1. de Reb. Ec. non alien.* cujus verba ſuprà recitata ſunt, & ità ſentiunt Tuſchus l. c. Oldradus Conſ. 248. quos ſequitur VVadingus. Rationem dant, quia bona manent intra familiam in ſubjectione Prælati. Unde etiam inferunt, Generalem alicujus Ordinis, habentem ſibi ſubjectas plenè non ſolùm perſonas omnes totius ordinis, ſed etiam res (ut habet Generalis noſtræ Societatis) poſſe hoc modo commutare bona Collegiorum ſeu Domorum, aut Monaſteriorum ſibi ſubjectorum, non obſtantibus *Extrav. Pauli II. & Vrbani VIII.* quæ loquuntur de alienatione vel commutatione, quâ bona Eccleſiæ deſinerent eſſe ſubjecta eidem Prælato, cujus auctoritate commutarentur. Et hi videntur eſſe caſus à communi Regula quoad ſolennitates excepti.

114. Reliquum eſt, ut aliquid in ſpecie dicamus de Contractibus prohibitis in dicta Extravag. & imprimis non ſolùm prohibetur Alienatio ſtrictè dicta, quæ eſt translatio Dominii directi, ſed etiam alienatio latè dicta, hoc eſt translatio Iuris realis qualiscunque. Unde in ſpecie loquendo non ſolùm prohibetur rei Eccleſiaſticæ Venditio, Donatio, Permutatio, ſed etiam Feudum, Emphyteuſis, Cenſus perpetui, vel etiam vitalitii, hypotheca ſpecialis, non tamen generalis, ut tradunt Covarruvias, Molina Bonac. Palao, VVadingus, & alii. Ratio exceptionis eſt, quia generali hypothecâ non tam res quàm perſonæ manent obligatæ. Item prohibetur Locatio, & Conductio, non ſolùm ad longum tempus, hoc eſt, ad decennium, ſed etiam ultra triennium, eſto locatio infra decennium non ſit alienatio, ſicut eſt locatio ad decennium & ultrà, quæ eſt Emphyteuſis & non locatio ſpecificè dicta. Debet autem hoc triennium utiliter computari, ut jam ſuprà monui.

115. Circa Emphyteuſin & Feudum intelligenda eſt prohibitio de illis de novo concedendis. Si verò jam ſemel conceſſa ſunt, poſſunt ſine aliis Solennitatibus renovari, ſi renovatio cenſeatur utilis Eccleſiæ: & ſæpè eſſe cenſebitur vel ex hoc uno capite, quòd, ut notat Barboſa & Palao, hac gratitudine Eccleſia ſibi demereatur homines, ut libentiùs accipiant in Emphyteuſin ea bona, quæ melioratione opus habent. Debet tamen hæc renovatio fieri, priusquam bona illa, finitâ priori Emphyteuſi denuò fuerint incorporata Eccleſiæ, quæ incorporatio fit, quando Adminiſtratores ſemel decernunt eam non alienare.

116. Dubitatum eſt, an Emphyteuſis poſſit concedi ſolùm ad vitam accipientis, vel in perpetuum etiam pro hæredibus. Rationem dubitandi movit Novella citata ſup. *de non alienandis, &c.* ubi ſolùm ad vitam permittitur. Verùm poſſe in perpetuum concedi tradunt Covarr Julius Clarus, Vaſq. Molina, Palao, quia Jure Eccleſiaſtico non prohibetur Emphyteuſis ſi ſerventur ſolennitates; quibus obſervatis, quamlibet permittit, quod ipſum habetur in Novella. 120. c. 6. & hæc de Dominio Clericorum.



CAPUT III.

DE PECULIIS FILIORUM FAMILIAS.

Justinianus Imperator lib. 1. Inst. duas Personarum divisiones posuit, unam tit. 3. de Iure Personarum, & est hæc. *Summa divisio de Iure Personarum est, quòd omnes homines aut Liberi sunt aut Servi.* Alteram posuit tit. 8. & est hæc. *Quædam Personæ sui Iuris sunt, quædam alieno Iuri subjectæ.* Duæ hæ divisiones sunt quasi disparatæ, hoc est, non subordinatæ. Nam secundum membrum primæ divisionis, continetur tanquam pars in secundo membro secundæ divisionis, adeoque secundum membrum secundæ divisionis latiùs patet, quàm secundum membrum primæ divisionis; & econtra primum membrum primæ divisionis latiùs patet, quàm primum membrum secundæ divisionis. Nam Filiifamilias sunt personæ liberæ, sed non sunt sui Iuris: item hi ipsi filiifam. sunt alieni Iuris, sed non sunt Servi. Ut ergo illæ duæ divisiones subordinarentur, ad leges Logicas ità ponendæ essent. Omnis homo, aut est liber, aut servus. Liber aut est sui juris, aut alieni, sub patria scilicet potestate constitutus. De ijs qui sui juris sunt, hoc loco non agitur, & sunt omnes illi, qui nec sunt Servi, nec sub patria potestate constituti, cujusmodi etiam sunt pupilli & minorennes, esto tutores, & curatores habeant. Nunc ergo agendum de illis, qui sunt sub potestate non quidem dominica, sed patria, habéntque ut patet, hanc denominationem à forma civili, quæ dicitur: *Patria Potestas.* Quia verò hæc non promiscuè in omnes filios convenit, ideo priùs filiorum diversitas explicanda est.

CONTROVERSIA I.

De Filiis Legitimis, & Illegitimis, horúmque Legitimatione.

SUMMARIUM.

Filii alii Legitimi alii Illegitimi. 117.
Illegitimi subdividuntur in Naturales, & Spurios, aliter tamen in Iure Civili & Canonico. 118.
Quibus modis filii legitimentur. 119.
An filius sit legitimus natus ex habente votum solenne castitatis post Matrimonium. 120.
An legitimatio per subsequens Matrimonium stet invitis filiis. 121.
An fieret legitimatio per Matrimonium mediatum. 122.
An hæc legitimatio sufficiat ad excludendum substitutum sub conditione: si sine legitimis liberis decesserit. 123.
An de substantia sit, confici instrumenta dotalia. 124.
An legitimetur proles, si non poterat Matrimonium subsistere tempore conceptionis, sed nativitatis. 125.
An per subsequens Matrimonium legitimetur proles concepta ex adulterino coitu, si alteruter ignoravit esse adulterium. 131.
An legitimetur proles per Matrimonium putativum post copulam fornicariam (suâ opinione) cum impedimento dirimente ignorato. 132.
Virum filio naturali mortuo & nepotes relinquente, hi legitimentur per Matrimonium. 133.
An præsumatur proles aliena nata ante nonum mensem, vel, defuncto marito post mensem decimum. 134.
Quos effectus habeat legitimatio per subsequens Matrimonium. 137.
Quandonam locum habeat Legitimatio per Rescriptum Principis. 138.
An requiratur consensus agnatorum & cognatorum. 141.
Quibusnam competat potestas legitimandi Rescripto. 142.
An legitimatus in uno loco sit pro legitimo habendus alibi. 143.
Quænam sint exprimenda in impetratione legitimationis. 144.
An hodie legitimentur oblati Ministeriis Principum. eodem.
An Rescripto legitimatus excludat filias postea natas, si alioquin statuto excludantur. 145.

117. Dividuntur primò Filii (sicut & filiæ) in legitimos & illegitimos. Legitimi sunt qui vel ex justis nuptiis procreati sunt, vel postea legitimantur, ac Iuris fictione ex justis nuptiis procreati censentur in ordine ad Iuris effectus. Illegitimi sunt, qui neutro modo se habent.

118. Subdividuntur Illegitimi in Naturales & Spurios. quæ divisio alium sensum habet in Iure Civili, & alium in Iure Canonico. Jure Civili naturales sunt, qui ex concubina domi retenta, & non vaga meretrice sive vulgò nati sunt: qui concubinatus Iure civili permissus esse dicitur,

tur, non quòd approbetur, sed quòd non puniatur. Spurii, Iure civili, sunt, qui nec ex legitimo Matrimonio, nec ex concubina nati sunt. Habentur hæc. *L. penult. & ult. ff. de concubinis. Concubinam ex sola animi destinatione æstimari oportet. Concubinam ex ea Provincia in qua quis aliquid administrat, habere potest. L. 23. ff. de statu hom. Vulgò concepti dicuntur, qui patrem demonstrare non possunt, vel qui possunt quidem, sed eum habent, quem habere non licet.*

Iure Canonico omnes illi dicuntur naturales, qui nati sunt ex parentibus, inter quos conceptionis, vel saltèm nativitatis tempore (de qua controversia dicam infr. q. 6.) Matrimonium consistere potuisset. Econtra Spurii sunt illi soli, qui nati sunt ex parentibus, inter quos nec tempore conceptionis, nec tempore nativitatis Matrimonium esse potuisset. Colligitur ex *cap. nisi cum pridem. §. Personæ. de Renuntiat.* Est etiam in hoc puncto aliud discrimen, quia Ius Canonicum etiam illos liberos pro legitimis habet, qui nati sunt ex matrimonio bonâ fide contracto, cum impedimento dirimente, ut traditur in tr. de Matrim. & habetur. C. *ex tenore. qui filii, &c.*

119. Filii illegitimè nati legitimantur, hoc est, natalibus restituuntur, sequentibus modis. Primò per subsequens Matrimonium legitimantur filii naturales, non tamen Spurii accepti in sensu Canonico: & hæc est amplissima legitimatio, reddens filios aptos etiam ad Ordines & Honores, ac Dignitates. *C. Tanta. qui filii sint. leg. Tanta est vis Matrimonii, ut qui antea sunt geniti, post contractum Matrimonium legitimi habeantur.*

Secundò legitimantur Rescripto Principis. Tertiò per Oblationem Curiæ, hoc est, si filius offertur ad munera & functiones Curiæ ex qua est oriundus; vel si filia in uxorem datur viro conditionis curialis: hæc tamen legitimatio, teste Corvino & Zæsio. ff. de Concub. n. 5. hodie non procedit, additque ei comparari ingressum in Monasterium. Sed de hoc agi solet in tract. de Irregularit.

120. QUÆRITUR 1. An ille filius sit legitimus, qui natus est ex parentibus, inter quos quidem stat legitimum Matrimonium, sed alter eorum habet votum solenne Castitatis, sive per professionem factam post Matrimonium jam consummatum (quod non dissolvitur) sive per Sacrum Ordinem, quo ne quidem ratum Matrimonium dissolvitur. ℞. Affirmativè saltèm quoad successionem. Quia nullo Iure privatur taliter conceptus, quia est conceptus ex veris conjugibus, & non est puniendus pœnâ privationis successionis, sine Iure ità statuente.

121. QUÆRITUR 2. An legitimatio, quæ fit per subsequens Matrimonium, procedat liberis invitis. Rationem dubitandi facit Novella 89. §. *generaliter*, ubi requiritur consensus liberorum, & additur ratio. *Nam si solvere Ius patriæ potestatis invitis filiis non permissum est patribus, multò magis sub potestatem redigere invitum filium, & nolentem, sive per oblationem ad curiam, sive per instrumentorum celebrationem, &c. justum non est.* ℞. Tamen, in hac specie legitimationis non requiri consensum legitimandi; quia vis legitimationis hujus attribuitur honori Matrimonii, cui non debet posse præjudicare filius per dissensum, sicut nec eidem præjudicaret protestatio patris nolentis filios legitimari. *Covar. p. 2. cap. 8. §. 2. n. 15.* Et hæc est sententia Canonistarum contra Legistas, quibus adhæret Hunnius vol. 1. d. 2. q. 25. & lib. 1. var. resol. q. 30. & Fachineus lib. 3. c. 54.

Ad rationem dubitandi, & Novellam adductam respondetur, in hoc casu in honorem Matrimonii suppleri à Canonica Lege voluntatem liberorum, sicut in pluribus aliis suppletur, vel quandoque invalidatur, prout magìs bono communi expedire videtur.

122. QUÆRITUR 3. An Legitimatio hæc debeat fieri per subsequens Matrimonium immediatum, vel etiam sufficeret mediatum. ℞. Sufficere mediatum. Ratio est, quia Canones plus non requirunt, quam ut Matrimoniũ contrahatur cum matre prolis, quæ tempore conceptionis, aut nativitatis potuisset esse uxor. Hoc autem totum verificatur etiam in Matrimonio mediato.

123. QUÆRITUR 4. An hæc legitimatio sufficiens sit ad excludendum substitutum sub hac conditione: *si sine legitimis liberis.* ità ut excluso substituto succedat proles legitimata? ℞. Affirmativè; cùm enim Matrimonium subsistat, etiamsi fingamus in articulo mortis celebrari, efficiet, ut talis sine legitimis liberis non moriatur. Aliud esset, si conditio posita esset: *sine liberis legitimè natis.* Tunc enim censeretur expressâ, & primariâ intentione substitutus Prælatus proli legitimatæ, pro qua nullus legis favor produci potest, qualem suprà pro Monasteriis in simili casu produximus.

124. QUÆRITUR 5. An de substantia hujus legitimationis sit, ut conficiantur instrumenta dotalia. Aliqui existimant Iure Civili requiri ad substantiam, secùs Iure Canonico. Quia in cap. *Tanta.* nulla horum instrumentorum fit mentio, qualis tamen fit *l. 1. C. de Naturalib. lib. & Novella* 89. §. *Reliquì igitur.* ibi. *Si quis igitur dotalia scripserit, &c. Legitimas esse nuptias, & filios, vel præcedentes, vel conceptos legitimos ei esse Sancimus.* ℞. Tamen, ne quidem Iure Civili requiri ad substantiam legitimationis colligitur ex verbis relatis, alioquin etiam ad valorem Matrimonii requirerentur. Solùm ergo requiritur instrumentorum dotalium confectio ad certiorem Nuptiarum probationem, ne ad confirmandum liberorum statum aliquid à conjugibus simuletur. Textus apertus in *Nov. Quibus modis natu-*

naturales filii efficiantur legitimi. 74. §. *Illud quoque* ibi. [Quia enim, & antiquis promulgatum est legibus, & à nobis ipsis sunt hæc eadem constituta, ut etiam nuptiæ extra dotalia documenta ex solo affectu valeant, & ratæ sint (*utique etiam in ordine ad legitimandam prolem, juxta titulum Novellæ*) sed falsitatis contractibus nostra ex hoc est completa Respublica, &c.]

125. QUÆRITUR 6. An etiam il'a proles legitimetur per subsequens Matrimonium cujus nativitatis quidem tempore Matrimonium poterat subsistere, sed non tempore conceptionis. Negat Franc. Sarmiento, quem sequitur Henricus Zæsius in tit. *Qui filii sint leg.* n. 18. & inclinat etiam Suarez de *Censur. d.* 50. *s.* 1. *n.* 3. notans, Covarruviam etsi affirmativam tenuerit, postea motum rationibus Sarmienti mutâsse, & rem dubiam ac indecisam reliquisse. Idem dicit Hunnius. Ego tamen hunc locum in Covarr. non potui reperire; & nec à Suarez, nec ab Hunnio citatur, sed solus ille ubi affirmativam tenet, nempe *p.* 2. *cap.* 8. §. 2. *n.* 2. Itaque Affirmativam, post multos alios, tanquam communem tenet Covarruvias, quem sequitur P. Molina *d.* 172. *n.* 4. & ità in Regno Castellæ est definitum. Eandem tenet Fachineus *lib.* 3. *cap.* 50. citans pro eadem Hostiensem, Jo. Andream Antonium Butrio. his accedunt Greg. Lopez, & Thom. Sanchez. *lib.* 3. *de Matr. disp.* 7. *n.* 19. & Hunnius *L. c. q.* 27. quibus ob graviorem auctoritatem libentiùs subscribo. nam juri civili insistendo non satis clarè convincitur, ut patebit: benè tamen Iure Canonico.

126. Probatur ergo 1. Iure constitutum est, ut Nativitatis, vel conceptionis tempus inspiciatur, quatenus magìs est in favorem prolis, ità ut si in favorem illius sit, tali tempore natum esse, fingatur natus, qui adhuc in utero est. *L. qui in utero ff. de statu hom.* ibi. *Qui in utero est, perinde est, acsi in rebus humanis esset. Custoditur quamdiu de commodis ejus agitur.* Hincautem videtur inferri posse, quòd sicut proles concepta in ejus favorem habetur pro nata tunc quando necdum nata est, ità etiam in ejusdem favorem tempus nativitatis habeatur pro tempore conceptionis. Unde sequitur, quòd proles cum adulterio concepta, sed postea nata, quando copula inter parentes non esset adulterina, quòd inquam talis proles sit filius naturalis, & non spurius, quia debet haberi acsi conceptus tunc esset.

127. Probatur 2. ex *l.* 5. *ff. eodem.* ibi. *Ingenui sunt, qui ex matre libera nati sunt. sufficiet autem liberam fuisse eo tempore quo nascitur, &c.* Respondent adversarii, hujusmodi leges esse intelligendas quoad favorem libertatis, ut scilicet proles libera habeatur, etiamsi tempore conceptionis mater ancilla fuerit. hoc autem non debere extendi ad legitimationem, si copulæ delictum attendatur. Quia talem copulam non purgat nativitas, nec cohonestat subsequens Matrimonium, quod non facit, copulæ ante habitæ turpitudinem minùs legibus esse damnatam, & ex ea conceptam prolem minùs spuriam: cùm regula juris sit, quòd qualitas ex antecedenti, non ex necessario consequenti consideretur, & delictum semel perfectum variationem non recipiat etiam per pœnitentiam. *L. qui eâ mente. ff. de furtis.* Verùm hæc Responsio est petitio principii: & non ostendit, quare leges voluerint favere proli quoad libertatem, & non etiam quoad legitimitatem, cùm utrúmque ad statum pertineat. Certè leges Civiles etiam illos pro spuriis habent, qui vulgò concepti sunt, hoc est, non ex concubina, ut suprà dictum, & tamen certum est, hos per subsequens Matrimonium legitimari.

128. Probatur 3. Ex *L. Nuper C. de naturalib. lib.* ubi Imperator unicè agit de legitimatione per subsequens Matrimonium, & non de libertate. & in fine sic concludit. [Generaliter definimus, & quòd super hujusmodi casibus variabatur, definitione certâ concludimus, ut semper in hujusmodi quæstionibus, in quibus de statu liberorum est disputatio, non conceptionis, sed partûs tempus inspiciatur, & hoc favore facimus liberorum, ut & editionis tempus statuamus esse inspectandum, exceptis his tantummodo casibus, in quibus conceptionem magìs approbari infantium conditionis utilitas expostulat.] Ad hunc textum non invenio responsum, & sanè videtur esse satis clarus.

129. Objicitur 1. Lex 11. ff. de statu hominum, in qua contepto ex conjunctione filiæ, patre ignorante, atque ità tempore inhabili (quia illo Iure requirebatur ad valorem consensus patris) non prodest, quòd mortuo avo (id est patre mulieris) nascatur tempore habili. ℞. Hanc legem ad rem non facere, quia Matrimonium à principio invalidum ob defectum consensûs patris, non efficiebatur validum post mortem patris, cùm filius nasceretur: quapropter præcisè propter mortem patris non legitimatur proles; non dicitur autem in illa lege, quòd non legitimaretur, si Matrimonium cum eadem legitimè contractum esset postea: pertinet ergo ad adversarios probare, quòd Matrimonium postea fuerit novo consensu contractum.

130. Objicitur 2. à Zæsio (accepit ex P. Suarezio) quia textus cap. *Tanta. Qui filii, &c.* non nativitatem inspicit, sed conceptionem. Verba sunt. [Si autem vir, vivente uxore, aliam cognoverit, & ex ea prolem susceperit, licèt post mortem uxoris eam duxerit, nihilominus spurius erit filius.] ℞. Ut hoc capitulum ad rem faceret, deberet in eo dici, aut aliunde ostendi, quòd etiam ille filius sit spurius, qui natus est post mortem uxoris: hoc autem non dicit textus, quin potiùs insinuat, quòd loquatur de filio nato ante mortem uxoris. dicit enim. *Et ex ea*

ea prolem susceperit. Non dicitur autem Maritus in rigore ex uxore prolem suscepisse, quando præcisè concepta, & non nata est. Quæ dicta sunt procedunt etiam de eo, qui post impetratam dispensationem natus est, nam & is secuto Matrimonio legitimatur, ut tradit Mol. & Sanchez.

131. QUÆRITUR 7. Utrum per subsequens Matrimonium legitimetur proles concepta ex adulterino coitu, si alteruter parentum ignoravit committi adulterium, putans esse meram fornicationem. Ratio dubitandi est. Quia, ut habetur in cap. *ex tenore.* h. t. si proles nascatur ex parentibus habentibus impedimentum dirimens; si tamen alteruter ignoret illud impedimentum, proles Iure canonico habetur pro legitima. ibi. [Intelligentes, quòd Patrem Matrem in facie Ecclesiæ ignaram, quòd ipse aliam sibi Matrimonialem copulâsset, duxerit in uxorem, & dum ipsa conjunx, ipsius legitima putaretur, dictum R. suscepit ex eadem: in favorem prolis potiùs declinamus, memoratum R. legitimum declarantes.] Ergo in casu quæstionis, esto proles legitima non sit, quia scienter fornicaria, poterit tamen per subsequens Matrimonium legitimari, quia non spuria, sed naturalis reputabitur. Ob rationem hanc plures ità judicârunt dicendum, quos refert. Covarr. *L. c. n. 16. & 17.* sed ipse inclinat in contrariam, ductus cap. *Tanta.* ubi generaliter dicitur (ut jam relatum est) si vir vivente uxore aliam cognoverit, filium inde susceptum semper esse spurium, nullâ mētione factâ, an mulier illa quam cognovit, sciverit, vel ignoraverit statum seu conditionem. Ad rationem dubitandi negatur paritas, quia in casu capituli *ex tenore.* ignoratur omnis culpa, & inculpabiliter judicatur copula honesta, in casu verò cap. *Tanta.* agnoscitur turpitudo saltèm fornicationis. Quòd autem hæc scientia sufficiat, ut per ignorantiam adulterii non purgetur vitium, ob quod spurius sit filius, benè probat Fachineus c. 55. Nam cùm quis operam dat rei illicitæ, non inspicitur ejus opinio, sed rei veritas. *L. Eum qui nocentem. §. si injuria. ff. de injuriis. L. aut qui aliter. §. si quis dum putat. ff. quod vi aut clàm. C. inebriaverunt. ca. 15. q. 1.* Sed mulier soluta, dum patitur se cognosci, dat operam rei illicitæ, ut patet. Ergo ejus opinio inspicienda non est, sed rei veritas, quod scilicet cum illo Matrimonium esse non poterat. Verior ergo & mihi videtur hæc sententia, sed non auderem eam dicere cum Suarezio indubitatam: nam contrarium docet glossa in cap. *Tanta.* Præpositus *in cap. quod nobis.* Rosellus *de legitim. p. 1. c. pen.* Hostiensis *in c. tanta.* Dominicus *consf. 66.* Ludovic. de Sardis. *de legitimat.* Rota Romana *apud Cassiodorum decis. un. tit. de Sponsalibus.*

132. QUÆRITUR 8. Si ignari impedimenti dirimentis habeant copulam fornicariam (suâ opinione) & post natam prolem contrahant cum eadem ignorantia & bona fide Matrimonium, an in quam proles legitimetur per tale matrimonium putativum. Ratio dubitandi est, quia si nasceretur post matrimoniū contractum, haberetur pro legitima: ergo etiamsi priùs nata est, legitimabitur, quia Matrimonium retrotrahitur. Verùm juxta Resolutionem prioris dubii respondendum est negativè, ob rationem ex Fachinæo allatam: & quia alioquin unius solius ignorantia sufficeret, quod tamen negatum est.

133. QUÆRITUR 9. Utrum Filio naturali mortuo & nepotes relinquente, hi legitimentur per Matrimonium subsecutum. ℞. Affirmativè cum Bartolo contra Baldum. Probatur. Ideo filius per consequens Matrimonium legitimatur, quia lex fingit Matrimonium contractum fuisse, antequam filii nascerentur, & sic Matrimonium in favorem filiorum retrotrahitur: atqui si Matrimonium priùs contractum fuisset, filius defunctus jam legitimus esset, & nati ex illo: ergo idem operabitur, si postea contractum fuerit, ut nepotes sint legitimi. Neque obstat, quòd medium nempe filius defunctus non sit medium habile, quod tamen esse deberet. *l. 1. §. cæterùm. ff. de acquir. Poss.* Satis enim est extrema esse habilia in ordine ad Matrimonium, ex quo descendit tam filiorum, quàm nepotum legitimatio.

134. QUÆRITUR 10. Si constet inter conjuges, nullam copulam præcessisse Matrimonium, si deinde nascatur proles, vel ante nonum mensem, vel, si defuncto Marito post mensem decimum, quæritur, inquam, an habeatur pro legitima, vel potiùs præsumatur aliena? De nono mense nullum est dubium, cùm sit ordinarius. De partu decimestri idem communiter tenetur, ob Hipocratis auctoritatem, & colligitur per arg. à contrario. *L. 3. §. penult. ff. de suis & legitimis.* ibi. *post decem menses mortis natus non admittetur ad legitimam hæreditatem.* De septimo mense idipsum affirmat JC. Paulus *L. 12. ff. de statu hom.* ibi. *Septimo mense nasci partum perfectum, jam receptum est propter auctoritatem doctissimi viri Hippocratis, & ideo credendum est eum qui ex justis nuptiis septimo mense natus est, justum filium esse.* & *L. 3. ff. de suis & leg. hæred. §. in fin.* ibi. *De eo autem, qui centesimo octuagesimo secundo die natus est, Hippocrates scripsit, justo tempore videri natum.* Unde infertur, quòd sufficiat natum esse ad initium septimi mensis: nam ille centesimus octuagesimus secundus dies attingit initium septimi mensis.

135. De Octomestri partu ideo dubium est, quia Medici communiter asserunt eum non esse vitalem: ergo si vitalis sit, censebitur conceptio præcessisse, si pro septimo mense nulla copula intercessit, quia v. g. constat maritum octo mensibus abfuisse. In hoc puncto benè monet Menochius *de præsumpt. casu. 89. n. 38.* magnam diligentiam Iudicis requiri in consulendis Physicis & Medicis.

De

De undecimmestri partu dubitatur tum ob legem tertiam §. *penult.* paulò antè relatô, tum propter legem 29. *ff. de lib. & posthum.* ibi. *is demum hæres legitimus est, qui post mortem testatoris in decem mensibus proximis natus fuerit.* In Nov. 39. cap. 2. dicit Iustinianus, non esse possibile, ut partus editus undecimo mense post mortem mariti sit ex marito defuncto.

136. His tamen non obstantibus benignior Iuristarum sententia est, quòd si Maritus non diu ægrotavit, & partus editus est secundo aut tertio die undecimi mensis, sit habendus pro legitimo, præsertim si aliunde non adest fundamentum suspicandi libidinem viduæ post mortem mariti: pro tali enim, teste Gellio pronuntiavit D. Hadrianus: neque leges allegatæ de initio mensis undecimi loqui videntur.

QUÆRITUR 11. An ad substantiam hujus legitimationis requiratur confectio Instrumentorum dotalium. Affirmat Hun. var. res. l. 1. q. 1. 31. Sed negandum est cum communi Canonistarum. Ratio quia vis legitimationis à Iure Canonico tribuitur unicè matrimonio: non minùs autem esset tribuendum instrumentis dotalibus, si pari necessitate requirerentur.

Objicitur ex §. *fin. J. de nuptiis.* ubi dicitur de hac legitimatione: [nec non is qui à muliere liberè procreatus, cujus matrimonium minimè legibus interdictum fuerat, sed ad quam pater consuetudinem habuerat, postea ex nostra constitutione dotalibus instrumentis compositis in potestate patris efficitur &c.] ℞. 1. Etiamsi hoc voluisset Imperator, esse tamen hodie præferendum Ius Canonicum, quod non requirit hanc conditionem. ℞. 2. Imperatorem fortè requisivisse dotis constitutionem scriptam, ut inde melius constaret de serio animo habendi concubinam pro uxore, quandoquidem talia matrimonia clàm contrahebantur. Sententiam nostram præter Canonistas sequuntur etiam Civilistæ plures apud Harpprecht *tit. Inst. de Nupt.* §. 13. *n.* 5.

137. QUÆRITUR 12. Quos Effectus habeat hæc legitimatio per subsequens matrimonium. Et quidem quod faciat habilem ad succedendum non secus acsi legitimè natus esset, quoad ea quæ jure communi deferuntur, non est dubium, & constat ex legib. adductis. Quoad ea verò quæ lege speciali aut statuto municipali deferuntur, cujusmodi est Ius primogenituræ, feudum Emphyteusis & similia, est controversia. Negant quoad primogenituram celeberrimi Iureconsulti teste Hunnio, qui tamen nullum nominat præter Treutlerum, apud quem tamen nihil reperio th. 7. ubi citatur: sed potiùs thesi 6. admittit legitimari quoad emphyteusin & feuda. Verùm quorumcunque sit negativa sententia, rectiùs affirmant Zæsius & Hunnius. ratio est, quia talis est verè primogenitus: & quia *Novella* 89. *c. Reliqui.* universalissimum favorem exprimit. *Semel eos efficientes legitimos, damus habere etiam successiones illas, quas habent illi, qui ab initio legitimi sunt.* & *cap. illud ejusdem.* eâd. dicit Iustinianus, legitimatos à legitimis nihil differre.

138. Denique ad obtinenda officia & munia utriusque fori, sive civilia sive Ecclesiastica, legitimis pares sunt, ut in nullo differant, propterea quòd hæc legitimatio retrotrahatur ad tempus nativitatis, quasi proles jam tunc legitima fuisset. Et hactenus de primo legitimandi modo: *Per subsequens matrimonium.*

Legitimatio per rescriptum Principis tunc solùm locum habet, quando filii legitimi deficiunt. *Nov.* 89. *c.* 9. *& Nov.* 74. *c.* 1. [Si quis sanè non habens filios legitimos, naturales autem tantummodo, ipsos quidem suos facere voluerit, mulierem verò non habet penitùs, aut quæ non sine delicto sit, aut quæ non appareat, habeat autem secundùm quandam legem ad matrimonium præpeditam, damus ei fiduciam novâ quâdam adinuentâ à nobis viâ, ad legitimorum jus perducere naturales, proculdubio suis in talibus casibus non existentibus filiis.] Ratio est, quia talis legitimatio cederet in præjudicium filiorum legitimorum, quibus regulariter & per se loquendo nolunt Principes suis favoribus præjudicium afferre. Dixi: *per se loquendo.* Absolutè enim Princeps non caret potestate etiam justis liberis existentibus legitimorum jura attribuere naturalibus per dominium altum, quod habet in bona subditorum, quando bonum publicum id exigit: & etiam id tunc poterit, quando Pater filiis legitimis suam legitimam assignaverit, quo satisfecit legi. In dubio tamen contrarium præsumitur ob rationem datam. Primum ergo requisitum ad hanc legitimationem est, ut deficiant filii legitimi.

139. Secundum requisitum est, ut ipsi liberi legitimandi consentiant. *Nov.* 89. *cap. Generaliter.* cujus verba sup. relata sunt. Ratio ibidem assignata. nam sicut illis invitis non solvitur patria potestas, ità nec inviti subjiciuntur.

140. Quodsi sit infans, sicut ejus consensus in emancipatione non requiritur ità nec in legimatione, quatenus tamen major factus ratam habuerit.

Tertium requisitum est oblatio facta à patre. *Nov.* 89. *c.* 10. sufficit tamen si hoc in mortis articulo petat. ibi. [Si quis, qui solummodo naturalium filiorum est pater per quosdam fortuitos casus non valuerit hoc agere, moriens autem sub quodam prædictorum casuum scripserit testamentum, volens sibi legitimos esse filios successores, & in hoc damus ei licentiam & fiduciam; supplicantibus tamen etiam sic filiis post mortem patris, & hoc dicentibus, & ostendentibus patris testamentum, & hæredibus existentibus secundùm legem, hoc quoque donum habeant patris & Principis, id est, dicere, naturæ simul

simul & legis.] Posset tamen Princeps solis liberis petentibus eos legitimare, si morum probitas & bonitas indolis exigeret. Non erit tamen tunc ullus effectus quoad successionem & alia jura aliis jam quæsita, nisi publica causa aliud suaderet.

141. DUBITATUR An requiratur consensus agnatorum & cognatorum ab intestato venientium. Hunnius tribuit affirmativam Fachineo, sed nullum locum indicat, & nullibi planè eam reperio in Fachineo, qui solum consensum liberorum requirit. Itaque communis & certa sententia est, eorum consensum non requiri; quia necdum aliquod jus, sed solam spem habent, eamque remotam. & ideo etiam in adoptione eorum consensus non requiritur. *l. 7. ff. de adopt.* Sanè is, cui non est proles legitima vel ascendens, potest totam suam substantiam naturali filio relinquere. *Nov. 89. c. 12. §. 5.* cur ergo non possit legitimationem petere ad successionem?

Hinc dubium est, quomodo intelligenda sit clausula, quam in hujusmodi legitimatione solent Principes apponere, ut succedant patri matri, & aliis, si proximi ex cognatione consenserint: Aliqui volunt designari successuros etiam laterales. Sed malè. nam sic inanis & sine fructu erit plerumque clausula: quis enim horum consensum speret? Verius est, ad eorum consensum restringi, quibus legitimatus intendit succedere.

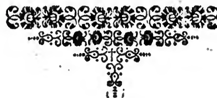
142. QUÆRITUR nunc 12. Quibusnam hæc potestas legitimandi conveniat. ℞. Competere tantùm illis Principibus qui Superiorem non agnoscunt, quoad suos subditos. [Idem jus, (inquit Zæsius n. 25.) est Pontifici Romano quoad omnes Christianos, qui omnes sunt ejus subditi; cujus tamen legitimatio non proderit nisi quoad Ordines, dignitates & beneficia Ecclesiastica. *c. Per venerabilem.* 31. h. t. Habet enim in spiritualibus Pontifex summam potestatem circa omnes Christianos, etiam in casu, quo proles nata ex nefaria copula, cùm sit supra jus, ut quod huic denegatum, concedere possit restituendo. Quoad successionem & civilia munia non prodest Pontificis legitimatio, ne turbet Judicis laici Jurisdictionem. nisi tamen & ipse potestatem temporalem habeat circa personam, aut aliquis non habens Superiorem eidem se subjiciat, aut ità postulet Reipub. necessitas. *c. Novit. de Judiciis.*] Ità Zœsius. cui addendum est, quod scribit Fachinæus lib. 3. c. 58 respondendo ad argumentum, quo aliqui probare nitebantur, legitimatum à Pontifice posse succedere etiam extra ditionem temporalem Pontificis, quia is habere dicitur casualiter jurisdictionem in omnibus locis, ut habetur in cap. *per venerabilem.* Respondet ad hoc Fachinæus, quòd licèt Pontifex dicatur habere casualiter jurisdictionem ubique etiam temporalem, eam tamen ipse profiteatur, se nolle exercere cum alterius injuria, ut habetur in dicto cap. *per venerabilem.* quod quia longissimum est, sufficiet illius summam, ut habetur in ipso corpore juris, huc ponere. [In terris Ecclesiæ Papa potest liberè illegitimos legitimare, in terris verò alienis non nisi ex causis multùm arduis, vel nisi in spiritualibus: tunc tamen indirectè, & per quandam consequentiam intelligitur legitimare etiam quoad temporalia; hoc tamen ultimum non est sine scrupulo. h. d. secundùm intellectum, qui placet Panormitano, & est cap. difficile, & multùm famosum.]

143. QUÆRITUR 13. Utrum legitimatus uno in loco & territorio, haberi debeat etiam alibi ut legitimus quoad successiones & honores. Affirmant Surdus & quidam alii. Sed negandum videtur cum Covarr. & Zœsio, hoc enim esset extra suum territorium jus dicere, cui proinde impunè non parebitur. *L. fin. de Jurisdict.*

144. QUÆRITUR 14. Quænam sint exprimenda in impetratione legitimationis. ℞. 1. Esse exprimendum, an sit simpliciter naturalis, an spurius, an incestuosus 2. Debet fieri mentio statuti, si quod exstat, quo fœminæ per masculos excluduntur: Nam tale statutum pertinet ad præjudicium filiarum, possetque Principem à legitimatione retardare. 3. Si petit legitimari ad successionem in feudo, debet feudi qualitas exprimi, ut tradit Mynsingerus. 5. *obser. 42. & alii.*

QUÆRITUR 15. An sicut olim Curiæ oblati legitimabantur, ità hodie legitimentur, qui Ministeriis Principum offeruntur. Affirmat Accursius. Sed omnino negandum est. (nisi speciali statuto aliud cautum esset.) quia non est par ratio. non enim tam ardua sunt Principum ministeria, ut hoc illicio indigeant, sicut erant munera curialia, plus oneris quàm honoris continentia.

145. QUÆRITUR 16. An filius per rescriptum Principis legitimatus excludat filias postea natas, si ex speciali statuto alioquin à legitimis excluduntur. ℞. Affirmativè per Novell. 89. c. 9. in fine, ubi Imperator dicit, per Principis rescriptum legitimatos à legitimis nihil differre. Si tamen constaret, quòd Statutum loquatur de solis filiis legitimè natis, ei non censeretur Princeps præjudicare.



CONTROVERSIA II.

De Filiis Adoptivis.

SUMMARIUM.

146. ADoptio genericè sumpta prout abstrahit ab arrogatione & adoptione specificè sumpta, definitur, Actus legitimus (hoc est, secundùm Iura factus, & legibus approbatus) per quem is, qui naturâ non est, fit filius electione. Sive: Est legitima extranei hominis in filium assumptio.

Inventa est Adoptio primariò in solatium eorum, qui per naturam liberos non habent, sive ob conjugii sterilitatem, sive ob liberorum procreatorum amissionem, sive ob eorum degeneres & improbos mores, & sic meliùs illis esset, nullos habere: deinde etiam in solatium eorum, qui Matrimonium ob ejus onera & molestias detrectant:

147. Est ergo hæc secunda filiorum divisio in Naturales & Adoptivos. Ubi *Naturales* non accipiuntur prout opponuntur legitimè natis (de quibus præced. Controv. actum) sed accipiuntur, prout per naturalem generationem obtenti sunt.

148. Dividitur Adoptio genericè sumpta in Arrogationem, & Adoptionem specificè sumptam.

Arrogatio est Adoptio alicujus extranei, qui sui Iuris est, hoc est, in nullius patria potestate constitutus. Adoptio in specie est adoptio alicujus extranei filiifamilias, hoc est, sub patria potestate constituti. Cur autem hæc species retinuerit nomen generis, dant Legistæ hanc rationem, quia in Iure plura sunt negotia, quàm vocabula. *L. Natura. ff. de præscript. verb.* Unde fit, ut quandoque species mutuetur nomen generis.

149. Cur autem Adoptio alicujus qui esset paterfamilias vocaretur Arrogatio, inde est, quia primitùs fieri debebat in comitiis, cum consensu & rogatione populi Romani; nempe quia agebatur de cive Romano sui Iuris existente, & patriæ potestati subjiciendo, quòd ad totam Rempublicam spectare videbatur: rogandus ergo erat populus an permittere vellet adoptionem quæ propterea *Arrogatio* dicta est. Huic Solennitati postea successit consensus Imperatoris. *l. 2. ff. de Adopt.* ibi. [Principis auctoritate adoptamus eos qui sui Iuris sunt: quæ species adoptionis dicitur Arrogatio, quia & is qui adoptat rogatur, id est, interrogatur, an velit eum, quem adoptaturus sit, justum sibi filium esse, & is qui adoptatur, rogatur, an id fieri patiatur.]

150. Requiritur ergo ad Arrogationem expressus consensus illius, qui adoptandus est, cùm tamen in adoptione specificè sumpta sufficiat consensus tacitus. L. 5. ff. h. t. *In adoptionibus eorum duntaxat, qui suæ potestatis sunt, voluntas exploratur: sin autem à patre datur in adoptionem, in his utriusque arbitrium spectandum est, vel consentiendo, vel non contradicendo.* Ratio autem prioris est, quia per arrogationem constituitur sub patria potestate & desinit esse sui Iuris, ut dicetur: atqui hoc non debet nisi consentiens pati. Ratio posterioris est, quia jam est in potestate patria, & statum non mutat, habétque patris naturalis judicium. Requiritur tamen saltèm tacitus consensus; quia transit, si non in patriam potestatem, saltèm in familiam adoptantis eatenus, ut filius illius dicatur, & non potest adoptantem vocare in Ius sine venia. *Brederodius hîc.*

151. QUÆRITUR 1. Coram quo Iudice fieri possit & debeat adoptio. ℞. Successu temporis & locorum consuetudine introductum est, ut sicut Arrogatio alioquin Principis consensum requirens postea perinde valere cœperit, si apud Prætorem aut Præsidem esset insinuata, & Adoptio apud quemvis competentem Iudicem. *L. 1. & fin. C. h. t.* ità apud quemvis ordinarium loci, & coram quovis Magistratu municipali Adoptio & Arrogatio procederet.

152. QUÆRITUR 2. Quinam possint adoptare. ℞. Eos solos, qui naturâ generare, & filios in potestate patria habere possunt. §. 4. *Inst. de Adopt.* Hinc inferunt Iura. 1. Castratos adoptare non posse. §. 9. *Inst.* quia naturâ generare liberos nequeunt. Spadones verò possunt adoptare, quia spem habent restitutionis, cùm impedimentum generationis possit operâ Medicorum emendari. *L. 40. ff. h. t. Spado adrogando suum hæredem sibi adsciscere potest, nec ei corporale vitium impedimento est.*

153. In-

153. Inferunt 2. Fœminas adoptare non posse, quia non possunt liberos, etiam naturaliter conceptos habere in sua potestate. §. 2. & 3. *Inst. h. t.* In solatium tamen liberorum amissorum ex indulgentia Principis adoptare possunt, non ut adoptatum in sua potestate habeant, sed solùm ad hoc, ut habeant, quos filios appellent, & ut tandem, si intestatæ decedant, habeant legitimos successores: adeoq; hujus adoptionis idem effectus est, qui adoptionis specificè sumptæ, factæ ab extraneo.

Inferunt 3. Eum adoptare non posse, qui non plenâ pubertate, hoc est, octodecim annis excesserit adoptandum. *Inst.* §. 4. Nam ante hanc ætatem regulariter loquendo vis generandi non est expedita.

154. QUÆRITUR 3. Utrum infans possit arrogari. Ratio dubitandi est, quia Iura, ut vidimus, requirunt expressum consensum arrogandi; atqui talem non habet infans. ℞. 1. Posse adoptari adoptione specificè sumptâ, quia satis est, eos non contradicere, & patrem consentire, ut dictum est. ℞. 2. Antiquitùs non poterat impubes arrogari, quia horum judicium infirmum est: sed neque tutorum auctoritas sufficiebat. Quia tutores non habent potestatem subjiciendi caput liberum alienæ potestati: Nihilominus postea rescripto Divi Antonini Pii, & Impp. Diocletiani, & Maxim. permissum est, ut etiam impubes ex justa causa arrogari posset, si illi, qui sanguinis necessitudine conjuncti sunt, judicaverint id impuberi expedire, & apud Magistratum affirmaverint, quâ ratione judicium impubetis suppletur. *l. 2. in pr. C. hoc tit. Impuberem, quem ad vicem naturalis sobolis arrogare desideras, si hi qui sanguinis necessitudine sibi junguntur, id ei expedire apud præsidem provinciæ judicaverint, filium habebis. &c.* Elegantem hujus rei rationem reddit Casp. Manzius, quare tutoris consensus non debebat sufficere, sed tamen propinquorum. Quia potuisset tutor fortassis onus tutelæ hoc modo subterfugere, & per consensum in arrogationem se à tutelæ molestia liberare: propinqui autem non ita facilè consentiunt, quia spem habent successionis, si impuberem mori contingat, dum sui Iuris est, (quia testamentum facere non potest) quæ spes evanescit, si arrogetur. Requiritur ergo accurata causæ cognitio, an honesta sit, & pupillo expediat: unde, & conditio illius qui vult arrogare, consideranda est. Requiritur insuper, ut fidejubeat, quòd bona arrogati, si impubes decesserit, restituere velit hæredibus pupilli. Denique obligatur, quòd, si illum emancipaverit, non solùm omnia ejus bona ei reddere velit, sed etiam quartam partem omnium bonorum relinquere. Ità habetur *l. 2. cit.* [Ità ut bonorum tuorum quarta pars, tam in postremo judicio tuo, quàm si à te emancipatus fuerit, ei præbeatur, & super Patrimonio ejus idoneis fidejussoribus datis servo publico caveatur, ne sub copulandæ adoptionis obtentu, in facultates ejus, quæ ei diligenti provisione servandæ sunt, irruas.] Ubi glossa notat: quòd hoc sit intelligendum de Emancipatione sine causa, alioquin si causa justa esset, perderet eam partem.

155. Unde non invenio, quo Iure nixus sit Antonius Perez in h. t. n. 8. dicens, quod hujus arrogationis effectus sit iste, quòd arrogator non possit impuberem arrogatum sine justa causa emancipare, vel exhæredare: ex justa verò causa emancipans, vel exhæredans teneatur adhuc quartam partem suorum bonorum relinquere. Hoc sanè lex hæc non dicit, nec ille aliam affert. Et sanè ratio est, quod solùm teneatur quartam partem relinquere, si sine causa justa emancipet: quia hæc est ejus legitima, quâ non est injustè privandus. Aliam rationem reddit Harpprecht, quòd in pœnam temerariæ emancipationis, aut exhæredationis quartam arrogato relinquere jubeatur. Nam, vel arrogare non debuisset, vel arrogatum non dimittere sine justa causa. Ex his rationibus apparet, alios Legistas cum glossa sentire.

156. QUÆRITUR 4. Quomodo intelligenda sit hæc quarta pars bonorum relinquenda injustè emancipato, an quarta pars omnium bonorum, h. e. quadrans assis, vel solùm quarta pars portionis ab intestato debitæ. Hoc posterius affirmat Accursius, sed illud prius est cum communiore affirmandum. Ità enim sonant verba relata legis. 2. *C. h. t.* nec Accursius quidquam alicujus momenti in contrarium affert. Si, inquit, omnium bonorum pars quarta deberetur arrogato, melioris conditionis foret arrogatus, quàm liberi naturales, ac plus consequeretur, quàm liberi naturales; siquidem si tres, quatuor, aut plures liberos naturales arrogator haberet, plus auferret ex bonis patris arrogatus, quàm naturales, quod videtur inconveniens. Hoc, inquam, leve est, nam, ut vidimus, qui vult alium arrogare, non debet habere filios naturales. Quodsi aliquando conceditur Arrogatio habenti filios naturales, id rarissimum est, & in considerationem non venit. Nam tali casu sufficiet, si filii naturales suam legitimam portionem consequantur.

157. QUÆRITUR 5. Quinam adoptati subjiciantur patriæ potestati adoptantis. ℞. 1. Omnes arrogati subjiciuntur, ità quidem, ut si hi ipsi habuerunt in patria potestate alios sive adoptivos sive naturales, hi omnes unà cum suo patre subjiciantur. Nam qui sub patria potestate est, nō potest ipse alios habere sub patria potestate, quia non potest esse simul paterfam. & filiusfam. Itaque quoad arrogatos Justinianus nihil innovavit. *L. penult. §. 5.* ibi. *Et omnia, quæ ad filium arrogatum veteres legumlatores introduxerunt, intacta illibatáque in eorum personis reserventur.* ℞. 2. Loquendo de adoptione specificè sumpta olim

lim quidem idem Iuris erat, ut etiam adoptivus transiret in potestatem adoptantis. Sed Justinianus Imperator hoc immutavit in dicta lege his verbis. [Ideo talem dubitationem resecantes, & tale vitium corrigentes, sancimus, per adoptionem quidem ad extraneam personam factam jura naturalis patris minimè dissolvi, sed ità eum permanere, quasi non fuisset in alienam familiam translatus. Cùm enim tanta fragilitas est adoptionis, ut possit in ipso die, & filius fieri, & extraneus per emancipationem inveniri, quis patiatur jura patris naturalis nexu divino copulata, ludibrio defraudari, cùm in hoc casu & contradicendi filio ex jure veteri detur licentia, & invitus transire ad aliam non cogitur familiam. Et paulò pòst. [Si verò pater naturalis avo materno filii sui, vel si ipse fuerit emancipatus, etiam avo paterno, vel proavo simili modo paterno vel materno, filium suum dedit in adoptionem, in hoc casu quia in unam personam concurrunt, & naturalia, & adoptantis jura, maneat stabile Ius patris adoptivi, & naturali vinculo copulatum, & legitimo adoptionis nodo constrictum; & ad eum solum respiciat filius, cui eum, & natura aggregavit, & lex per adoptionem assignavit: &c.] Itaque in adoptione specifica distinguitur. Vel adoptans est adoptati avus, vel extraneus; si est avus, nihil innovatur, sed transibit in potestatem patriam adoptantis, eique soli succedet. Si verò sit extraneus, manebit in patris naturalis potestate salvis omnibus Iuribus successionis. & quidquid filius hic acquiret, patri naturali acquiret. Adoptivus pater extraneus nihil ei cogitur in testamento relinquere, imò potest, quandocunque voluerit adoptionem dissolvere. quod si aliquid reliquerit, erit mera liberalitas. Nihilominus tamen hæc Adoptio ab extraneo facta non est penitus inutilis, & mera cæremonia. Nam adoptans ex adoptionis actu hoc consequitur, quòd adoptatus etiam filius ipsius dicatur. Deinde si pater adoptivus intestatus decesserit, ad ejus successionem legitimam admittitur, non tamen ad successionem aliorum consanguineorum.

158. Quodsi Adoptans avus adoptatum emancipaverit, tunc recidet in potestatem patris naturalis, & omnia Iura successionis recuperabit. *ead. L.* De hoc tamen dicetur tr. 5. c. 3. con. 2. ubi dicam Ius succedendi patri naturali non amitti. Sed quid si post mortem naturalis patris emancipâsset filium (prout liberè potest) & patris bona jam ad alios devenissent, ad quid avus tenebitur? P. Mol. d. 227. n. 20. putat, quod nisi loco patris necessariò succedat, talem emancipatum manere exclusum ab utraque hæreditate: nec Ius pro hoc casu providisse, præsumens ascendentem non emancipaturum, & dissoluturum adoptionem, nisi ob ingratitudinem adoptati. Ego crederem, quòd in tali casu ex legis intentione & æquitate habendus esset instar Arrogati, & per consequens quartam partem bonorum consequeretur, si sine justa causa emanciparetur.

QUÆRES: quomodo possit avus paternus nepotem adoptare, cùm per se sit sub ejus potestate. ℞. Si filius fuerit emancipatus, nepos est in sui patris, & non avi potestate, & tunc poterit illum adoptare.

159. QUÆRITUR 6. An quis possit adoptare non solùm in filium, sed etiam in nepotem, præsertim si nullum filium habeat, prout regulariter adoptantes non habent. Ratio dubitandi est, quia adoptio naturam imitatur: atqui secundùm naturam nemo habet nepotem, nisi habuerit filium: ergo ut quis adoptet in nepotem, debebit priùs vel per naturam, vel per adoptionem habere filium. Ratio ulterior est, quia sic duæ fictiones circa unam eandémq; rem concurrerent, nempe fictio filii, & fictio nepotis. His non attentis decrevit Imperator. §. 5. *Inst. h. t.* Posse fieri talem adoptionem in nepotem, & neptem, imò & pronepotem, &c. etiam nullo exstante filio. Neque enim adoptio per omnia imitatur naturam, sed eò usque, quousque Imperator voluit, alioquin nemo adoptare posset, nisi qui haberet uxorem. Pari modo non duæ tantùm sed plures fictiones simul concurrent, si leges ità statuant, quamvis in re dubia non admittantur.

160. Quodsi curiosiùs quæras, quam rationabilem causam habere quis possit, ut malit in nepotem, quàm in filium adoptare? Respondet Casparus Manzius. Fortè nepos illi valde dilectus mortuus est, cujus loco & memoriæ vult alium substituere. Fortè tam provectæ ætatis est, ut malit avus, quàm pater nuncupari. Addi potest & hæc, fortè habuit filios steriles, quos vult hac adoptione honorare.

161. Ulteriùs §. 6. concedit Imperator, ut quis possit patrem cum filio adoptare, non solùm patrem in filium, & filium in nepotem, sed etiam è converso filium in filium, & patrem in nepotem. Quia verò Imperator non explicat, an hoc velit solùm posse fieri disjunctim, an etiam conjunctim, ideo Casparus Manzius in gratiam sciolorum hanc quæstionem tanquam spinosam ad longum disputat, apud quem ea videri potest, mihi ea tota inutilis, (ne dicam ridicula) videtur. Nam ut fatetur hic auctor, parens tradens se tam perverso ordine in adoptionem, ut filius esset filii sui, ineptiret. infero, ergo etiam ineptiret adoptans: ille enim ineptit, qui ab alio aliquid ineptum petit. Ergo talis adoptio non erit ad mentem Imperatoris.

162. In casu, quo quis habens filium, sive naturalem, sive adoptivum, vellet adoptare alium in nepotem, tanquam ex illo filio natum, hoc casu requirit Imperator §. 7. consensum filii quantumvis in ejus patria potestate existentis.

Non

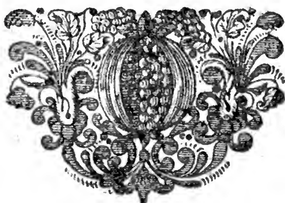
Non item si avuus suum nepotem vellet alteri in adoptionem dare. Ratio disparitatis est, quia in priori casu agnascitur filio hæres, quod utique non convenit fieri eo invito. In secundo casu nihil derogatur filio avi tradentis in adoptionem nepotem, quandoquidem utrumque habet in sua potestate: vel enim tradit in adoptionem ascendenti, & tunc transit in ejusdem potestatem, & hoc potest fieri invito patre, quia posset eo invito emancipari. Vel dat extraneo, & tunc non transit, & mortuo avo est recasurus in patriam potestatem sui patris naturalis: ergo non est usque adeo in præjudicium filii posterior adoptio, sicut esset prior: quamvis negari non possit, tunc etiam aliquid præjudicii esse, si avo materno daretur nepos in adoptionem, quia non esset, avo mortuo, recasurus in patriam potestatem patris naturalis.

163. QUÆRITUR 7. Utrum adoptivus succedat in feuda. Distinguendum est inter Feuda hæreditaria, & non hæreditaria. In Feuda hæreditaria quæ jure hæreditario deferuntur, succedit, non jure feudali, sed Iure communi & hæreditario. Nam in hæreditaria successione adoptivus æquiparatur per omnia naturalibus. *Nov.* 118. c. 1. per illa verba: *cuiuslibet naturæ aut gradûs, &c.* Si verò feudum non sit hæreditarium tunc iterum distinguendum est. Vel enim fuit adoptatus antequam feudum acquireretur, vel post feudum acquisitum: si post acquisitum, non succedit: & hoc ad minimùm vult tit. 26. §. *Adoptivus. lib. 2. Feud.* ubi dicitur: *adoptivus filius in feudum non succedit.* Si ante feudum acquisitum, tunc iterum distinguendum est. vel enim est feudum omnino novum, vel paternum. Si paternum, etiam non succedit, quia sicut in priori casu, ità & in hoc primus concedens feudum non censetur habuisse intentionem, ut ad filios adoptivos perveniret. Si verò sit omnino novum, tunc si ex investitura, vel aliàs constaret, quòd feudum etiam pro adoptivis concederetur, utique succederet. Secùs non succederet, quidquid dicant aliqui, quia potuit concedens ignorare filium adoptivum, aut etiam sciens velle insistere Iuri feudorum expresso. in tit. cit. Sed de hoc redibit sermo suo loco cùm agetur de Feudis.

164. QUÆRITUR 8. An filius adoptivuus excludat substitutum, sicut diximus suprà de filio legitimato, si fideicommissum relictum est patri adoptivo sub hac conditione: *si sine liberis.* Ratio dubitandi & affirmandi posset esse, quòd adoptati quoad successionem æquiparentur naturalibus: ergo sicut naturales excluderent substitutum, ità excludent etiam adoptivi. Hæc tamen ratio continet æquivocationem. Comparantur adoptati ab ipso testatore cum naturalibus ejusdem, non adoptati ab hærede. Itaque negativè respondendum est. Imprimis enim absurdum est admittere, quòd in arbitrio hæredis gravati sit posse substitutum deludere, & extinguere fideicommissum: hoc autem posset adoptando. Deinde non est verisimile, testatorem voluisse adoptivos nomine liberorum complecti, cùm non fictos, sed veros liberos cogitâsse meritò præsumatur. Denique est textus satis apertus *in L. fideicommissum. 76. ff. de Condit. & Demonstr.* quæ sic habet. *Fideicommissum à filiis relictum: si quis ex his sine liberis diem suum obierit: adoptionis commento non excluditur.* Quid clariùs?

Hoc ipsum putavit Jason esse dicendum, si filius adoptivus hæres fuit fideicommisso gravatus: ex eo fundamento. Quia Justiniani constitutione *L. generaliter. §. cùm autem. C. de Inst. & subst.* cautum est, ut quoties testator aliquem ex sua progenie fideicommisso gravaverit, hæc conditio subintelligatur: *si sine liberis.* ergo etiam in fideicommisso Adoptivi subintelligenda est, quia æquiparatur cum naturali filio. Cæterùm Hunnius secutus Franciscum Mantuam distinguit. Si adoptati ab ascendente, scilicet avo, fuerint gravati, erit subintelligenda, secùs si ab extraneo. Discriminis ratio est, quia non est verisimile (secundùm leg. cit.) testatorem voluisse substitutum extraneum præferre proprio sanguini. Hæc ratio procedit in adoptato ab avo (cujus etiam sanguis est) non verò in adoptato ab extraneo.

165. QUÆRITUR 9. Quinam (præter insinuatos) adoptare prohibeantur. ℞. Prohiberi illos, qui sunt obnoxii rationibus reddendis illi ipsi quem vellent adoptare, fraus enim meritò timeri posset. Hinc ante redditas rationes Tutor aut Curator arrogare non potest, cujus tutelam aut curam gessit, nisi postquam adoptandus fuerit viginti quinque annorum, aut nisi ex privilegio principis. *L. nec ei in pr. junctà lege nonnunquam. ff. h. t.* ibi. [Nec ei permittitur adrogare, qui tutelam vel curam alicujus administravit, si minor 25. annis sit, qui arrogatur, ne fortè eum ideo arroget, ne rationes reddat.]



CONTROVERSIA III.

De Patria & Potestate.

SUMMARIUM.

PAtria potestas non accipitur hoc loco Theologicè pro potestate gubernativa, prout jure naturali introducta est, & vota liberorum dissolvendi ac irritandi potestatem continet. sed accipitur in sensu Juris Civilis, & ratione effectuum quos hoc jure habet, dicitur esse Juris Civilis, & ab hac Potestate provenit formaliter denominatio Filii familias, non tamen denominatio Patrisfamilias. hæc enim denominatio desumitur unicè & adæquatè ab eo quod est, esse sui juris, & caput suæ domûs: quæ denominatio convenit etiam ei qui nullam prolem habet, imò & infanti non constituto in ullius patria potestate.

166. Notand. 1. Definitur Patria potestas: Jus, per quod filii & filiæ cæterique descendentes supremo ascendentium superstiti ex linea masculina subjiciuntur in ordine ad certos effectus Iure Civili introductos. Colligo hanc definitionem ex iis quæ deinceps dicturi sumus; neque differt hæc definitio à definitione Schneidewini & Harpprecht, nisi quòd hi solius Patris & Avi mentionem faciant, cùm tamen etiam Proavo convenire possit. Itaque de Iure communi supremus ascendentium habet in patria potestate omnes descendentes legitimos per lineam masculinam, sive masculi illi sint sive fœminæ, sive conjugati, sive soluti: non tamen descendentes per lineam fœmininam, v.g. filius filiæ non est in potestate avi materni. Unde nescio cujus culpâ irrepserit turpis error in tomum Card. de Lugo disp. 5. s. 1. n. 1. ubi dicitur, avum habere in sua potestate filiarum filias, non tamen filios, quod omnino falsum est, nam nec filios nec filias filiarum habet in patria potestate. *Instit. de pat. potest.* §. *Jus autem.* hæc omnia clarè habentur his verbis. [Qui igitur ex te & uxore tua nascitur, in tua potestate est. item qui ex filio tuo & uxore ejus nascitur: id est, nepos tuus & neptis, æquè in tua sunt potestate, & pronepos & proneptis, & deinceps cæteri. Qui autem ex filia tua nascuntur, in potestate tua non sunt, sed in patris eorum.]

167. Notandum 2. Quando supremus ascendens moritur, tunc proximus est sui juris, & reliqui descendentes recidunt in ejus potestatem. Quodsi aliquis descendentium, v.g. filius, egrediatur patriam potestatem, non propterea illi, qui antequam egrederetur, jam nati aut etiam solùm concepti sunt, & postea nati, erunt sub hujus potestate, sed sub potestate avi seu supremi ascendentis superstitis: illi verò qui post emancipationem concepti fuerint, erunt sub emancipati potestate, & extra potestatem avi, &c. §. *Illud autem. 9. Inst. quibus modis jus pat. pot. solv.* ibi. [Illud autem scire oportet, quòd si nurus tua ex filio tuo conceperit, & filium postea emancipaveris, vel in adoptionem dederis prægnante nuru tuâ, nihilominus quod ex ea nascitur, in potestate tua nascitur. Quodsi post emancipationem vel adoptionem conceptus fuerit, patris sui emancipati, vel avi adoptivi potestati subjicitur.] Hæc quidem de Iure communi. Verùm hodie, ut infrà dicam, plerumque soli patri competit patria potestas, quia ferè ubique per nuptias filius egreditur patriam potestatem. Ubi tamen hæc consuetudo non viget, jus commune obtinet; juxta quod etiam filii jam conjugati & majores 25. annis adhuc sunt in patria potestate donec emancipentur.

168. Notandum 3. Patri adoptivo non cuicunque, sed illi solùm competit patria potestas, qui per arrogationem adoptat, hoc est aliquem sui juris, vel qui adoptat aliquem ex descendentibus, v. g. avus Maternus filium sui generi, vel avus paternus suum nepotem genitum ex filio suo jam emancipato. in his casibus desinit adoptatus esse in potestate patris sui naturalis, & incipit esse in potestate avi. quæ omnia præced. Contr. probata sunt legibus. Et hi omnes adoptatores possunt adoptatos iterum dare alteri in adoptionem, sicut si essent filii naturaliter geniti.

169. No-

169. Notandum 4. Si arrogatus habeat ipſe filios in poteſtate, tranſit in poteſtatem patriam arrogantis unà cum ſuis liberis, eique, niſi emancipetur ſuccedit pleno jure ſicut filius naturalis. Qui verò ex deſcendentibus adoptatur, ità ſuccedit avo adoptanti tam ex teſtamento quàm ab inteſtato, ut tamen ſecundùm aliquos patri naturali non ſit hæres ſuus ſeu neceſſarius ex teſtamento, hoc eſt, ut non poſſit impugnare & dicere nullum teſtamentum patris naturalis, ſi in eo prætereatur: ſi tamen pater naturalis inteſtatus decedat, ſuccedit illi ab inteſtato non ut filius, ſed ut proximus agnatus, ac jure ſanguinis: nam ſi filii adeſſent ab illis excluderetur, & ità plures ſupponunt. Verùm in ſeq. tract. loco paulò antè citato oſtendam probabilius eſſe oppoſitum ex Novella 118. Matri verò tam ex teſtamento quàm ab inteſtato eſt hæres. Quodſi fortè talis adoptatus ab aſcendente adoptante emancipetur (quemadmodum pro libitu adoptantis poteſt) eo ipſo recidit in poteſtatem patris naturalis, eique ſuccedit perinde acſi nunquam adoptatus fuiſſet. De caſu, quo pater naturalis ante talem emancipationem jam mortuus eſſet, dixi aliquid ſup. Contr. q. 5. prope fin. & mitor quòd hunc caſum Legiſtæ non attingant, ſaltèm quos ego videre potui. Hæc omnia ferè jam ſup. probata ſunt. & habentur *L. pen. §. ſi verò pater. 6. de adopt. L. penult. ff. eod. L. ſi tibi parens c. de ſuis & legitimis hæredibus. §. ſed hodie. v. ſi verò pater. Inſt. de adopt. §. ſed ea omnia. Inſt. de hæred. quæ ab inteſtato deferuntur.*

170. QUÆRITUR nunc 1. Quos effectus pariat patria poteſtas. ℞. Primus & primarius effectus eſt jus quod habet pater in bona filii: de quo dicetur controv. ſeq. Secundus eſt, quòd Pater fame oppreſſus, vel (ex probabili ſententia) in neceſſitate tuendæ vitæ conſtitutus, quam aliter tueri non poſſit, habeat jus vendendi vel oppignorandi filium (qui non ſit in ſacris conſtitutus, nam hos excipiunt Canoniſtæ) cum obligatione tamen eum redimendi, cùm pater ad meliorem fortunam redierit: & emptor cogitur accepto pretio à quocunque) eum dimittere liberum. *L. 2. C. de patrib. qui filios ſuos.* [Si quis propter nimiam paupertatem, egeſtatemve victûs causâ filium filiamve ſanguinolentus vendiderit, venditione in hoc tantummodo caſu valente: emptor obtinendi ejus ſervitii habeat facultatem. liceat autem ipſi, qui vendidit, vel qui alienatus eſt, aut cuilibet alteri ad ingenuitatem eum propriam repetere, modò ſi aut pretium offerat quod poteſt valere, aut mancipium pro hujuſmodi præſtet.] Obſervant autem Harpprecht & alii, hanc venditionem potiùs habere rationem pignoris quàm venditionis. Nam licèt Iuſtinianus Nov. 134. c. 7. prohibeat, ne pro paterno debito filius pignori capi, aut retineri poſſit, non tamen patribus id prohibet, ſed creditoribus, irrogatâ etiam contravenientibus pœnâ patribus ipſis ſolvendâ. Tertius effectus. Pater poteſt filium ab alio detentum vel fugitivum (niſi ob ſævitiam patris fugiſſet) reducere, ad quem effectum obtinendum utetur *Interdicto de liberis exhibendis aut reducendis.* de quo eſt tit. ff. & 6. ubi limitationes videri poſſunt. Quartus effectus Filiusfam. ſi velit in Iudicio contendere cum ſuo patre in cujus poteſtate conſtitutus eſt, non ſolùm priùs à Iudice veniam petere debet (hoc enim omnibus filiis etiam emancipatis & adoptatis ab extraneo commune eſt) ſed neque illi facultas conceditur niſi in caſibus ſequentibus. 1. Si lis ſit de bonis Caſtrenſibus vel Quaſi, *L. lis nulla ff. de Judiciis.* 2. Si de ipſa patria poteſtate vel Emancipatione. *L. 1. C. de patr. pot.* 3. Si de alimentis. *L. ſi quis. ff. de lib. agnoſ.* 4. Si de bonorum adventitiorum dilapidatione, vel alienatione immobilium. *L. Imperator. ff. ad Treb.* 5. Si filius non ſuo, ſed alieno nomine agat, v. g. ut Tutor, Curator, Procurator. *gl. in l. lis nulla. ff. de Jud.* 6. Si lis ſit de ſpiritualibus, de reditibus Eccleſ. imò & de Reſtit. Uxoris. *Panormit. c. non eſt de ſponſal.* Et hos effectus communiter referunt DD. Iura autem adducta ſuis locis exhibebuntur.

171. Quintum effectum ponit Ant. de Butrio, & ex eo Card. Tuſchus n. 4. Curator bonis vel liti dari non poteſt adulto filiofam. exiſtenti in poteſtate patris, ſi pater velit ipſe adminiſtrare, quod præſumitur in dubio, ideo datio eſt nulla.

172. Sextum effectum ponunt alii. quòd filius in poteſtate conſtitutus non poſſit in judicio cum alio contendere ſine licentia patris, in cauſa civili ubi patris intereſt, ſecùs verò in criminali, ubi de publico intereſſe agitur. Schneidew. hîc. n. 33.

Septimus effectus eſt, quòd filiusfam. ſine conſenſu patris non poſſit obligari ex mutuo. de quo agemus ſuo loco. *de S. C. Macedoniano.*

Octavus effectus eſt, quòd filius fam. non poſſit donare mortis causâ abſque conſenſu patris; teſtamentum verò, ne quidem conſentiente patre facere poſſit niſi de Caſtrenſibus & quaſi. ſed de hoc in tract. *6. & 9.*

173. Nonus effectus eſt, quòd Pater filio impuberi quem in poteſtate habet, poſſit teſtamento tutorem dare, eidémque pupillariter ſubſtituere. de quibus iterum ſuo loco.

174. Decimus effectus. Pater injuriam filiofam. illatam remittere poteſt eo invito, niſi eſſet in dignitate conſtitutus; vel ſi ipſe honeſtus, pater vilis eſſet. *l. 17. §. 12. & ſeqq. ff. de Injuriis.* & de hoc in præcedentibus dictum eſt tract. 2

175. Undecimus effectus. Si pater velit jure teſtari, intuitu patriæ poteſtatis debet filium aut inſtituere hæredem, aut eum nominatim exhæredare, alioquin teſtamentum quoad hære-

hæredis institutionem non valet. *de quo, tomo seq. tr. 6.*

176. QUÆRITUR 2. Quomodo Patria potestas solvatur, ac finiatur. ℞. Primus modus est per mortem naturalem, seu patris, seu filii, & hoc per se manifestum est. Nam unum Relativum sine correlativo esse non potest, nec forma sine subjecto. Sed nec ad hæredes transmitti potest, tum quia communiter filius ipse est hæres, tum quia est Ius personale, ossibus personæ individuæ inhærens. Per mortem civilem non plenè extinguitur, sed potiùs suspensa manet. Nam si fiat in pristinum statum restitutio per Gratiam Principis, redit quoque Patria potestas; de quo postea. Nunc quoad mortem naturalem,

177. Notandum 1. Quod morte habentis patriam potestatem semper quidem illa solvatur inter hæc extrema, & correlativa, sed non semper ità, ut filius liber, & sui Iuris evadat. Si enim unà cum suo patre fuit in alterius potestate, v. g. avi, avo mortuo recidit in patriam potestatem sui patris, qui tunc fit sui Iuris. Item si moriatur ascendens adoptator in cujus potestate fuit positus per adoptionem, ut dictum est præced. Contr. tunc eo mortuo, & adhuc vivo patre naturali, recidit etiam in hujus potestatem, ut ibid. dictum est. & quoad prius habetur pr. *Inst. quib. mod. Ius pat. pot. sol.* ibi. *Itaque si moriente avo pater eorum vivit, & in potestate patris sui est, tunc post obitum avi in potestate patris sui fiunt.*

178. Notand. 2. Si avus emancipet filium, non propterea nepos recidit in potestatem patris, sed manet in potestate avi, sicut maneret, si pater mortuus esset. Hoc posito si moriatur avus, tunc nepos fiet sui Iuris, & non recidet in potestatem patris priùs emancipati. Ità habetur Inst. pr. *h. t. quib. mod.* ibi. *Si verò is, quo tempore avus moritur, aut jam mortuus est, aut per emancipationem exiit de potestate patris: tunc ii, qui in potestatem ejus cadere non possunt, sui juris fiunt.* Sed quid fieret, si avus filium emancipatum iterum adoptaret, & deinde moreretur, essetne nepos recasurus in potestatem patris? Ratio dubitandi, & affirmandi posset esse, quia quod abstulit emancipatio, hoc restituit Adoptio: ergo sicut nepos fuisset recasurus, si pater nunquam fuisset emancipatus, ità erit recasurus, si iterum fuerit adoptatus. Respondendum tamen est negativè. *l. 41. ff. de Adopt. Si pater filium, ex quo nepos illi est in potestate, emancipaverit, & postea eum adoptaverit, mortuo eo nepos in patris non revertitur potestatem. Nec is nepos in patris revertitur potestatem, quem avus retinuerit filio dato in adoptionem, quem denuo redadoptavit.*

179. Notand. 3. Si verò pater exiisset patriam potestatem non per emancipationem sed per dignitatem, tunc mortuo avo nepos sui Iuris non efficitur, sed recidit in patriam potestatem patris. Ità habetur in Novella 81. quæ incip. *Constitutio, quæ dignitatibus.* ubi §. 2. sic habetur. [Non enim volumus eum, qui ità suæ potestatis fit, perdere aliquod legitimorum Ius, sed sint & generi ad eos, & ipsis ad genus intacta legitima, & ex natura servata Iura, & filii eorum post mortem avorum sub eorum recidant potestatem, acsi contigisset eorum parentes morte suorum patrum, & non ex præsenti lege suæ potestatis fieri. & meritò filios post mortem suorum patrum sub potestate habere, ut nihil horum, quæ ab imperio conferuntur, eis deesse videatur.]

180. Secundus modus sublativus, vel potiùs, ut dixi, suspensivus patriæ potestatis est mors civilis §. 1. Inst. h. t. [Cùm autem is, qui ob aliquod maleficium in insulam deportatur, civitatem amittit, sequitur, ut qui eo modo ex numero civium Romanorum tollitur, perinde quasi eo mortuo desinant liberi in potestate ejus esse. Pari ratione, & si is, qui in potestate parentis sit, in insulam deportatus fuerit, desinit esse in potestate parentis. Sed si ex indulgentia principis restituti fuerint, per omnia pristinum statum recipiunt.] Idem de pœnæ servo effecto est dicendum. §. 3. Non idem est in Relegatis. §. 2. Relegati autem patres in insulam in potestate liberos retinent. [Et ex contrario liberi relegati in potestate parentum remanent.]

Deportari autem dicuntur, qui in exilium mittuntur. Causa introducendi apud Romanos hanc pœnam erat, quòd Iure Quiritum non liceret adimere vitam Civi Romano, quantumvis facinoroso, & scelerato. Hodie in Imperio Romano loco deportationis mittuntur ultra quatuor sylvas Imperii. Ab his differunt Relegati, quòd illis interdicatur certa Civitas, aut provincia, vel quòd mittantur ad certum locum, sed tempore indefinito. Olim differebant principaliter, quòd deportati desinerent esse cives Romani, non item Relegati, & ideo hi non amittunt patriam potestatem.

181. Pœnæ servi olim facti sunt, qui ad ultimum supplicium condemnati, vel in metallum effodiendum fuerunt, vel ad pugnandum cum bestiis, &c. Hodie hæc servitus non habet locum. *Nov. 22. c. 8. auth. sed hodie. C. de donatione inter vir. & uxorem.* & consequenter, nec illi qui ad remos mittuntur.

Tertius modus amittendi patriam potestatem est hæresis (sed ubi hæretici tolerantur, hæc non habet locum) *c. 2. §. ult. de hæreticis in 6.* ibique ratio redditur, *cùm dignum sit, ut propter tanti atrocitatem delicti filii esse in parentum hæreticorum desierint potestate.* Idem de schismate docent plures apud Sanchez *Cons. Moral. l. 1. c. 1. dub. 14. n. 6.*

182. Quartus modus est, si pater contrahat incestas nuptias, easque (ut vult Covarru.) consummet. *auth. incestas. §. 1. C. de incestis. nuptiis* [Incestas nuptias contrahentis pœna est confiscatio

rio bonorum tam cæterorum, quàm dotis, exilium etiam, & cinguli ſpoliatio, verberatio quoque ſi vile eſt, &c. Subſtantia ſic amiſſa liberis hoc ipſo ſui juris effectis applicetur, ut tamen pater ab illis alatur: his non exſtantibus fiſco defertur.]

183. Quintus eſt captivitas patris, vel filii ab hoſtibus, ſi ſervus fiat: (quod apud Chriſtianos locum non habet) tunc enim ſuſpenditur patria poteſtas, ità ut ſi in captivitate moriatur, retrahatur extinctio ad primum captivitatis diem: ſi verò liberetur, tunc privilegio poſtliminii cenſetur nunquam fuiſſe interrupta. *Ità habetur Inſt.* §. 5. *h. t.* Quodſi Chriſtianus ab infidelibus capiatur, ſi revertatur Iure poſtliminii omnia ſua Iura recuperat, perinde acſi captus non fuiſſet: ſi poſt deceſſerit apud hoſtes, ſtatim cùm captus eſt, deceſſiſſe fingitur. Interim dum apud hoſtes vivit, bonis ipſius curator dandus eſt. *l.* 15. *ff. ex quibus cauſis majores, &c.* Imò to. ſeq. dicam eſſe probabile, quòd Chriſtiani non reputentur ſervi, etiamſi à Turcis capiantur.

Sextus eſt Profeſſio ſive Patris ſive filii in Religione approbata; quantùm hoc illis utile eſt. de quo ſatis conſtat ex dictis cap. 1. Utrum autem hoc etiam procedat in illis, qui vota Simplicia emiſerunt, ità ut non recidant in patriam poteſtatem, ſi poſt emiſſa vota ſimplicia dimittantur in noſtra Religione, agit Sanchez. *L.* 5. *in Decal. c.* 5. *n.* 31. & meritò reſolvit, quòd talis recidat in patriam poteſtatem: non enim eſt paritas inter talem & inter Profeſſum. Profeſſus enim ejectus nihil ampliùs ſibi acquirere poteſt, ejúſque ſtatus eſt ſuo modo perpetuus, non minùs, quàm ſtatus Matrimonii aut dignitatis: ſecùs eſt de Religioſis prædictis. Unde cautè legendus eſt idem Sanchez, Conſ. Mor. *l.* 1. *c.* 1. *c.* 14. *n.* 4. ubi contrarium aſſerit, & paritatem facit cum Profeſſo.

184. Septimus eſt Electio filii in Epiſcopum vel Cardinalem. DD. communiter *cum gl. in extrav. Execrabilis. de præbendis & dignit. verbo. ſublimitate.* Vtrum hoc etiam procedat de conſtituto in ſacris Ordinibus, dubitatur. & Cardin. de Lugo putat clarè negandum eſſe, quia alioquin non concederetur in hoc ſpeciale quid Epiſcopis, utpote qui ſupponuntur habere ſacros Ordines. Hanc rationem impugnat quidam Recentior ex eo, quòd multi Epiſcopi non ſint Sacerdotes. Verùm præterquam quòd in illo privilegio attentum ſit id quod per ſe eſt, Epiſcopus etiam non Sacerdos habet tamen Iuriſdictionem in Sacerdotes, & huic dignitati videtur privilegium ſpeciale conceſſum: de conſtitutis in Sacris nullum tale exſtat, & hæc eſt longè communior Canoniſtarum contra Sylveſtrum, Armillam, Ang. poſt gloſſam. Et quid multis? habetur expreſsè in Auth. Præsbyteros. *C. de Ep. & Cler. & Novell.* 123. *c.* 19. [Præsbyteros, & Diaconos, & Subdiaconos, Cantores & Lectores (quos omnes Clericos appellamus) res quolibet modo ad dominium eorum venientes, habere in ſua poteſtate præcipimus ad ſimilitudinem Caſtrenſium peculiorum, & donari cui volunt ſecundùm leges & in his teſtari: licèt NB. ſub parentum poteſtate ſint: ſic tamen ut horum filii, aut his non exſtantibus parentes eorum legitimam ferant partem.]

185. Octavus. Si filius fiat patricius, Præfectus prætorii, vel vrbis Metropolitanæ, aut ſimilium officiorum. *L. fin. C. de decurionib. & filiis, &c.* ibi. *Is gaudeat ſe hujuſmodi conditionis eſſe exortem, & liberum cum ſuis facultat bus ſuáque poſteritate.* Liberi tamen priùs procreati manent in avi poteſtate. *Ibid.* Idem habetur *Auth. Epiſcopalis dignitas. Auth. Conſtitutio quæ dignitatibus.* & eſt Novel. 81. ex quibus colligit Mol. d. 229. n. 10. contra Gomez, non ſolùm perſonas, ſed etiam bona egredi patriam poteſtatem, ità ut uſusfructus non ampliùs pertineat ad patrem qui priùs pertinebat. & indicatur in verbis L. ult. citatis.

In his tamen (prout etiam de Profeſſis dictum) filius ſolùm liberatur à patria poteſtate in odioſis, non item in favorabilibus, juxta Reg. quod in alicujus favorem introductum eſt, non debet in ejus odium retorqueri. L. 6. C. de Legib. & R. 61. in 6. *Quod ob gratiam alicujus conceditur, non eſt in ejus diſpendium retorquendum.* De Doctorali dignitate etſi multi idem aſſerant apud Harpprecht, æquè multi negant: in quo Conſuetudo attendenda eſt, affirmantibus tamen non obſcurè favet Nov. 81. ſtatuens, ut omnis dignitas à Curia liberans, liberet etiam à pat. poteſtate, atqui hoc præſtat doctoratus. *L.* 6. *&* 10. *C. de Profeſſ.* ergo.

186. Nonus modus eſt Emancipatio, quæ fieri debet coram Iudice, comparentibus & conſentientibus patre & filio. §. *Præterea. J. h. t.* aliqui probant ratione. quia quilibet rei ſuæ moderator & arbiter eſt: ergo ſicut poteſt Dominus manumittere ſervum, ità & pater emancipare filium. Sed hæc ratio in multis claudicat: Non enim poteſt pater emancipare filium invitum, ſicut Dominus manumittere ſervum. hujuſmodi ratiunculas paſſim excogitant & afferunt quidam Moderni, quas ego, niſi in ipſa lege ponantur, in medio relinquo, quia ex centum vix una eſt, quæ non vel nimium, vel nimis parùm probet.

Emancipatio olim fiebat per neſcio quas nugatorias & imaginarias venditiones factas patri alicui fiduciario, & revenditiones vero patri factas, ac denique per ſubſequentem manumiſſionem tanquam ſervi. Has inutiles cæremonias exploſit Imperator in d. §. conſtituens, ut ſufficeret, ſi coram competente Judice, utpote actus legitimus, fieret. Et hæc quidem eſt Emancipatio expreſſa.

187. Tacita Emancipatio eſt quam induxit Conſuetudo, quâ in omnibus ferme Chriſtiani orbis provinciis ſolvitur patria poteſtas per Matrimonium, ut videre eſt apud Clariſſimum

IC. Besoldum. *Consilio 44. n. 4. & seqq. & Consilio 151. à n. 4.* ubi pro consuetudine Germaniæ (cætera Regna omitto referre) citantur Zasius, Forster, Gilkenius, Speckhan, Berlichius, Hilliger, VVesenbecius. In Bavaria tamen non nisi accedente foci separatione solvitur patria potestas per matrimonium, ut tradit Io. Franciscus Balthasar *pract. Resol. tit. 3. Resol. 2. n. 10.* unde infert, si soluto matrimonio filius ad focum patris rediret, fore ut patria potestas redintegraretur.

188. Ad emancipandum filium Pater cogi non potest nisi in casibus sequentibus. 1. si filium inhumaniter & crudeliter tractet ultra gravitatem delictorum. *L. ult. ff. si à parente quis manumissus fuerit.* ibi. [Divus Trajanus filium quem pater malè contra pietatem afficiebat, coëgit emancipare, quo postea defuncto pater ut manumissor bonorum possessionem sibi competere dicebat. sed consilio Neratii, Prisci, & Aristonis, ei propter necessitatem solvendæ pietatis denegata est.] 2. Si filias ad peccata carnalia pertrahat. *L. Si lenones. junctâ gl. C. de Episcopali audient*: [Si lenones patres & domini suis filiabus vel ancillis peccandi necessitatem imposuerint, liceat filiabus & ancillis Episcoporum implorato suffragio, omni miseriarum necessitate absolvi.] 3. Si quis adoptet suum privignum, & privignus pubes factus intelligat, adoptionem sibi non expedire, causâ per judicem cognitâ compertóque quòd non expediat, cogetur illum emancipare. l. 32. 33. ff. de Adoptionibus. ibi. *Imperator Titus Antoninus rescripsit, privignum suum tutori adoptare permittendum. Et, si pubes factus non expedire probaverit, æquum esse emancipari eum, &c.* Idem est de quibuscunque adoptatis minoribus 25. quia habeat beneficium restitutionis in integrum. *l. 3. §. 6. ff. de minoribus. Si quis minor 25. annis arrogandum se dedit, & in ipsa arrogatione se circumuentum dicat, dico debere eum audiri in integrum se restituendum.*

Filius per liberam emancipationem (non si alio modo) egressus patriam potestatem, propter ingratitudinem iterum potest subjici patriæ potestati, quia potest Emancipatio, sicut alia donatio revocari.

189. QUÆRITUR 3. Quos effectus habeat dissolutio patriæ potestatis. ℞. Filius potest deinceps suo nomine, utpote paterfamilias, liberè contrahere, testamentum condere, atque omnia agere, ut alii patresfamilias, & in acquisitis habet plenum dominium, nisi quòd pater usumfructum in medietate bonorum adventitiorum filii retineat (si eum liberè emancipavit) in recompensationem & præmium emancipationis: *§. hoc autem. Inst. per quas personas nobis acq.* de quo suo loco infrà. in quo tamen consuetudo & statuta municipalia observanda sunt.

190. Ex parte patris Emancipatio imprimis hoc operatur, ut possit pater filio succedere. (de quo suo loco) deinde si filius vel filia sit impubes, & adhuc tutorem exigat, parens fit ejus tutor. §. *præterea. Inst. h. t.* in fine. *Et præterea, si impubes sit filius vel filia, vel cæteri, ipse parens ex manumissione tutelam ejus nanciscitur.*

CONTROVERSIA IV.

Quid juris sit circa diversa peculia filiorumfamilias.

Peculium filiorum fam. quadruplex. 192.
Quænam pertineant ad peculium Castrense. eod.
Quænam ad peculium QuasiCastrense. 193.
Quænam ad peculium adventitium. 195.
Ex peculio adventitio potest pater sustentare filium. 196.
Quænam pertineant ad Peculium Profectitium. 198.
Peculii Castrensis & Quasi etiam quoad Usumfructum spectat ad filium. 199.
Peculii Profectitii etiam dominium ad patrem spectat. eod.
Quid Vtilitatis habeat filius in peculio profectitio. 200.
Excipiuntur quædam, quorum dominium & ususfructus ad filium spectat. eod.
Peculii adventitii dominium quoad proprietatem pertinet ad filiumfam. Ususfructus ad patrem regulariter. 201.
Exceptiones, & casus, quibus ususfructus etiam ad filium spectat. 202.
An Ususfructus maneat apud patrem defuncto filio. 206.
Quid in hoc puncto de Jure Bavarico. 207.

191. PEculium est pusilla substantia, vel pecunia separata à rebus & ratiociniis patris data vel promissa filio aut servo. Ità quidem solet describi secundùm primævam nominis etymologiam. *L. depositi. ff. de peculio.*

192. Quadruplex est peculium filiorum; Castrense, Quasi Castrense, Adventitium, Profectitium.

Ad Peculium Castrense pertinet, quidquid filius acquirit ratione vel intuitu militiæ justæ, sive extra sive intra mænia, sive reipsâ militando, sive exercendo officium publicum spectans ad militiam, ut est officium tabellionis, nautæ, remigis, &c. item quidquid filius dono vel alio modo acquirit intuitu & ratione militiæ, alioquin non acquisiturus: ac denique quidquid ex hujusmodi bonis iterum lucratur & fructificat. Ad hæc bona, ex speciali privilegio Constantini Imperatoris reducuntur, quæ filius acquirit in palatio regis ob aulicum obsequium, suâ industriâ aut parsimoniâ, aut Principis largitate. *L. un. C. de Castrensi omnium Palatinorum peculio.* [Omnes palatinos, quos edicti nostri jam dudum certa privilegia superfundunt, rem, si quam dum in palatio nostro morantur, vel parsimoniâ propriâ quæsierint, vel dominis nostris fuerint conse-

consecuti, ut Castrense peculium habere præcipimus.] Priora habentur *l. 11. ff. de Cast. pec.* Excipiuntur tamen prædia à patre donata. l. 4. C. eod. [Si filius familias fuisti, & res mobiles vel se moventes quæ Castrensis peculii esse possunt, donatæ tibi à patre sunt, eas quoque in cætero peculio castrensi, non communes cum fratribus habes: prædia autem licèt eunti tibi in castra filio pater donaverit, peculii castrensis non sunt. Diverso jure ea prædia habentur, quæ ex occasione militiæ filiisfam. obveniunt.] Excipiuntur etiam ea quæ donantur à bello revertenti. *L. pater militi ff. eod.* nisi ob facinus in bello gestum, vel ob amicitiam ibi contractam donatum fuerit. *L. si forte. L. castrense. & L. Divus. ff. eod. & L. 1. C. eod.* ibi. [In quibus sunt etiam hæreditates eorum, qui non aliàs noti esse potuerunt, nisi per militiæ occasionem, etiamsi res immobiles in his erunt. Matris autem hæreditas, quamvis in militia delata sit, ad peculium Castrense non pertinet. In Castrensi verò peculio prædium donatum non esse constat, quamvis empta ex castrensi peculio prædia ejus conditionis efficiantur.

193. Ad peculium quasi Castrense pertinet 1. Quidquid filius acquirit ex aliquo publico officio stipendium habente, ut Iudicis, Assessoris, Advocati, Magistri Artium liberalium, Theologiæ, Canonum, Legum, Medicinæ, Advoti, etiam quod à suis clientibus accipit, hoc enim publico stipendio, quod olim erat constitutum, successit. non tamen stipendium Procuratoris, hoc enim munus non est publicum, cùm etiam infami competere possit: nec item quod acquiritur per artem mechanicam. *L. ult. C. de inoff. test.* ibi. [& omnibus generaliter, qui in diversis dignitatibus atque administrationibus positi à nostra consequuntur manu, vel ex publicis salariis quasdam largitates.] & infrà. [ut puta viris disertissimis, Patronis causarum, virisque devotissimis memorialibus, & agentibus in rebus, nec non magistris studiorum liberalium, architris quoque & aliis omnibus omnino, qui salaria vel stipendia perciperent publica.]

194. Pertinet huc 2. Quod donatur à Rege vel Regina, vel Imperatore, seu Augusto vel Augusta. *l. 7. C. de bonis quæ liberis.* ibi. *habeant hujusmodi res omni acquisitione absolutas, & nemini eas acquirunt, neque earum usumfructum pater vel avus vel proavus sibi vendicet, sed ad similitudinem Castrensis peculii &c.*

Pertinent huc. 3. Feuda, ut communis habet sententia: quia plerumque à Principe sunt data. Cæterùm in hoc rectè monet Ferd. VVaizenegg. dissert. 2. de servit. c. 4. n. 12. prudentis Iudicis arbitrio rem committendam esse, ut feudi naturâ diligenter exploratâ ex servitiorum genere, personarum conditione, concedentis affectione, aliisque circumstantiis decernat, ad quæ bona sint reducenda. Certè cōmunis est sententia, quòd pater in feudis usumfructū non habeat, quia ipse feudatarius filius est usufructuarius.

Pertinent huc 4. Quæ Clericus post Clericatum acquirit. *Auth. Præsbyt. C. de ep. & Cleric.* quam sup. retuli. Et hoc extendendum etiam est ad illa bona, quæ alioquin ex modo acquirendi adventitia essent. alioquin in cit. auth. non esset Clericis aliquod privilegium concessum; nam quæ acquirunt ratione Clericatûs, comprehenduntur nomine quasi Castrensium ex communi Regulâ, quòd sint publicum stipendium ob munus publicum.

195. Ad peculium adventitium pertinet, quidquid filius aliunde acquirit, quod non sit Castrense vel quasi Castrense. nec etiam occasione proximâ & intuitu patris primariò, nec ab ipso patre acquisivit. hujusmodi sunt quæ filio adveniunt jure hæreditatis ex linea materna, donatione, industriâ, labore, artificio, eventu fortuito, ut si inveniret thesaurum, gemmam: &c. Item quæ per negotiationem ex pecunia mutuò à patre accepta lucratur. Item quæ donantur à patre donatione antidorali, aut ità ut in partitionem non debeant adduci. Colliguntur hæc ex *§. igitur v. quod autem. Inst. per quas personas nobis ac.* ibi. [Sancitum etenim à nobis est, ut si quid ex re patris ei obveniat, hoc secundùm antiquam observationem totum parenti acquiratur. Quæ enim invidia est, quod ex patris occasione profectum est, hoc ad eum reverti? quod autem ex alia causa sibi filius familias acquisivit, hujus usumfructum patri quidem acquirat, dominium autem apud eum remaneat, ne quod ei suis laboribus, vel prosperâ fortunâ accesserit, hoc in alium proveniens luctuosum ei procedat.] *Et ex l. 6. C. de bonis, quæ liber.*

196. Observandum autem hîc est cum communi Theologorum, quòd, cùm pater non teneatur alere filium ex propriis, si filius aliunde habeat, unde ali possit, quòd inquam possit pater congruam filii sustentationem accipere ex iis quæ filius proprio labore consequitur: excessus tamen nisi filius consentiat ut ex suis bonis fiat, ad peculium profectitium spectabit. Ità Mol. Lessius, Palao. Pari modo si filius cum patris pecunia non mutuò accepta, adeoque non suo sed patris nomine negotietur, non adjiciet peculio adventitio lucrum, sed profectitio.

197. De rebus à patre donatis donatione remuneratoriâ, communis est sententia *apud Sanchez. Cons. Mor. l. 1. c. 2. dub. 4. n. 4.* quòd pertineant ad peculium adventitium, non secùs acsi extraneus fecisset. Non enim censetur pater præcisè donâsse affectu paterno, sed per modum remuneratoris.

Quæ avus, etiam paternus, donat nepoti existenti in patria potestate sui patris, & non avi, si dubium sit, an intuitu patris donata sunt, adnumerabuntur peculio adventitio, ut tradit Sanchez ex Ant. Gomez.

198. Ad

198. Ad Peculium profectitium filiifam. spectant ea bona, quæ filius acquisivit ex rebus & substantia patris, vel quod ei intuitu patris datum est. v. g. quando donatio ad instantiam patris facta est, vel quando datum est ad usum ad quem pater dare debuisset, sed ob inopiam non potuit, v. g. ad prosequenda studia, non daturus, si pater haberet unde daret. Si tamen darentur, ob specialem spem, quæ in filio relucet, cùm econtra pater sit homo non omnino proficuus Reipub. vel avarus, & negligens filii, censerem pertinere ad bona adventitia, & si dans nollet patrem habere in illis usumfructum, non competeret ei, sicut, quando quis donat aliquid filio, hac lege, ut sint bona Castrensia, quamvis non hocipso sint bona Castrensia, evadunt tamen bona quasi Castrensia, ità ut pater in illis usumfructum non habeat. *L. si fortè ff. de Castrensi pec.* & docet Bart. Mol. *tr.* 2. *d.* 8. *&* 230. His positis videndum est, penes quem sit dominium, aut ususfructus horum peculiorum. In quo aliqua sunt clari Iuris, aliqua dubia.

199. Certum est 1. Peculii Castrensis, & quasi Castrensis dominium spectare ad filium non solùm quoad proprietatem, sed etiam quoad usumfructum, atq; adeo in his bonis nihil habet pater vigore patriæ potestatis, sed filius est instar patrisfamilias. Ita habetur pluribus legibus à lege prima *ff. & C. hoc tit. & lege fin. C. de Inoff. test. l.* 1. *§. fin. ad S. C. Macedon.*

Certum est. 2. Pecuii profectitii tam dominium proprietatis, quàm ususfructus ad patrem spectare. §. 1. *Inst. per quas pers. nobis a. quir.* cujus verba sup. recitavi.

200. QUÆRES. Quid ergo utilitatis habet filius in hoc peculio, ut mereatur dici peculium filii? ℞. Habere hanc utilitatem, ut casu quo alia bona patris ob ejus delictum publicarentur, non publicetur illud peculium. *l.* 3. §. *sed utrum. in f. ff. de Minorib.* ibi. [Licet aliquo casu ad filium peculium spectet: ut puta si patris ejus bona fisco propter debitum occupata sint. Nam peculium ei ex Constitutione Claudii separatur.]

A regula hac excipiuntur illa, quæ pater dat filiis in patrimonium, ut suscipiant sacros ordines, vel filiæ in dotem, aut filio ad nuptias: nam horum dominium, & ususfructus ad filium aut filiam spectat. Nihilominus dicuntur pertinere ad peculium profectitium, quia quoad substantiam (non item quoad fructus) debent postea in partitionem afferri, ut suo loco dicetur tract. 2.

201. Certum est. 3. Peculii adventitii dominium quoad proprietatem pertinere ad filiumfam. usumfructū verò ad patrem regulariter & per se loquendo. *L. cùm non solùm. L. cùm oportet. C. de bonis quæ lib.* ibi. [Si quis itaque filiusfam. in patria potestate constitutus aliquid sibi acquisierit, non ex ejus substantia cujus in potestate sit, sed ab aliis quibuscunque causis, quæ ex liberalitate fortunæ, vel laboribus suis ad eum perveniant: eas suis parentibus non in plenum, sicut antea erat factum, sed usque ad solum usumfructum acquirat, &c. Dominium autem filiisfam. inhæreat, ad exemplum tam maternarum, quàm ex nuptialibus causis filiisfam. acquisitarum rerum.]

202. Dixi. *Regulariter.* Nam plures casus excipiuntur in quibus etiam ususfructus ad filium devolvitur. Primus casus est, si Pater sponte usumfructum remittat. Nam licèt videri posset donatio, reverâ tamen non est donatio, sed est mera non usurpatio Iuris, quæ licita est patri erga filium. Neque proinde potest tanquam inofficiosa revocari à fratribus, quia nihil diminuitur de patrimonio patris, sed solùm patrimonium non augetur. *L. cùm oportet. §. sin autem. C. de bon. quæ lib.* ibi. [Sin autem res sibi memorato modo acquisitas parens noluerit tenere, sed apud filium, aut filiam, vel deinceps personas reliquerit: nullum post obitum ejus licentiam habeant hæredes alii patris, &c. Eundem usumfructum, vel quod ex hoc ad filiosfam. pervenit, utpote patri debitum sibi vindicare. Sed quasi diuturnâ donatione in filium celebrandâ, qui usumfructum detinuit, quem patrem habere ejus oportuerat, ità causa intelligatur, ut eundem usumfructum post obitum patris ipse lucretur &c.] Posset tamen pater, ex communi sent. revocare, ut colligitur ex verbis cit. quod tamen limitarem, nisi expresè in perpetuum cessisset.

203. Secundus. Si quis filio hac lege donet, vel relinquat, ut ususfructus etiam sit penes filium. *Auth. excipitur. C. de bon. quæ lib. Excipitur quod eis datur, vel reliquitur ab aliquo parentum conditione hac adjectâ, ne patri perveniat ususfructus.* Et licèt hoc aliqui extendant ad donationem à quocunque factam, hoc tamen adversatur verbis relatis, quæ ad donationem parentum restringit. Putârunt aliqui Legistæ, in hoc casu Patrem adhuc habiturum commoditatem ususfructûs sed hoc meritò alii communiter negant, quia utique alia est intentio donantis.

204. Bartolus ad dictam auth. ponit talem facti speciem. Mater Maritum instituit eâ conditione, & gravamine, ut hæreditatem filio restitueret quando ad legitimam ætatem pervenisset. filius ætate completâ hæreditatis restitutionem petivit. Iudicatum est, debere patri relinquere usumfructum tertiæ partis sive legitimæ, quæ filio in bonis matris competebat: quia mater non potuit suâ privatâ dispositione privare patrem usufructu partis de Iure debitæ. Quod adeo mihi verum est, ut idem dicendum esset si mater expresè reclamâsset. *per auth. ut liceat matri.* ibi. [Sancimus licentiam esse matri, & aviæ, aliisque parentibus, postquam reliquerint filiis partem,

partem, quæ lege debetur, quod reliquum est suæ substantiæ, donare sub hac conditione, ut ususfructus non quæratur patri. Hoc enim extraneo relinquere poterant, unde nulla parentibus utilitas nasceretur.]

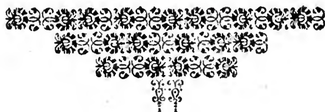
205. Tertius casus sive Exceptio. Si pater succedat suo filio cum altero filio, fratre defuncti in bonis adventitiis, tunc pater non habet usumfructum, uterque enim secundùm Ius commune vocatur ad successionem. Hoc casu pater non acquirit usumfructum in parte alterius filii. *Auth. item hæreditas. C. de bon. quæ lib. Item hæreditas fratris sororisve, ad quam unà cum patre admittitur.* quæ verba ad legem præced. *Cùm oportet.* referenda, & ad Auth. præced. *excipitur.* paulò antè relatam. Porrò quia hæc Constitutio est correctoria Iuris communis, ideo immeritò illam extendunt Salicetus & alii ad successionem quâ pater & filius succederent extraneo.

Quartus casus. Si pater non consentiat, quòd filius adeat hæreditatem, eâ nihilominus aditâ pater non habet in ea usumfructum. Perinde enim est, ac si eum habere nollet. Et hi sunt casus in Iure magis expressi. Quibus adduntur à DD. sequentes. Si pater contrahat incestas nuptias, tunc enim perdit patriam potestatem, ut sup. dictum. Si bona patris applicentur filiis ob divortium à patre minùs legitimè factum, ob eandem rationem. Si filius accipiat ab uxore dotem patre non consentiente, nec se pro dote obligante, ob rationem superiùs datam. Quando filius egreditur patriam potestatem per Electionem ad Episcopatum vel Cardinalatum aliamve dignitatem, tunc enim ususfructus bonorum adventitiorum desinit esse patris, & consolidatur cum proprietate. Nam quando emancipatio legibus inducta est, eâ positâ cessat ususfructus. *Arius Pinellus cap. de bonis mat. l. 1. p. 1. n. 42.*

Si pater filium emancipet voluntariè, retinet tantùm medietatem ususfructûs illorum bonorum adventitiorum quæ filius habuit ante emancipationem, ut jam superiùs præced. Contr. dictum. Si per Matrimonium ex consuetudine, vel lege patria filius eximatur à patria potestate, tunc etiam ususfructus consolidatur cum proprietate. Si dos adventitia soluto Matrimonio redeat ad filiam, pater non habet in ea usumfructum ex communiore sententia. Denique quando filio constitueretur, aut testamento relinqueretur ususfructus, & non intuitu patris. Non enim datur servitutis servitus. *L. 1. ff. de usufruct. legato.* Ità communior sent. contra Sanchez, & potest hæc exceptio reduci ad secundam; videtur enim ususfructus tunc relinqui hac lege, ut patri non acquiratur.

206. QUÆRES, an ususfructus maneat apud patrem defuncto filiofam. ℞. Manere toto tempore vitæ ejus, non obstante quòd dominium ad alios hæredes pervenerit. Constat tum ex natura ususfructûs, tum ex dictis sup. de dominio Relig. quomodo per Professum acquiratur Monasterio; tum ex lege fin. *versu pen. C. ad Tertull. S. C.* ibi. *Sin verò defuncta persona in sacris patris constituta decesserit, pater usumfructum quem & vivente filio habebat, teneat donec vivat, incorruptum, &c.* Et hactenus de Iure communi.

207. Iure Bavarico L. R. Tit. 3. a. 3. Liberi Matrimonio juncti, vel familiam seorsim consentiente patre agentes, sibi non patri acquirunt. Verùm, quod de bonis adventitiis, quorum ususfructus consistente patriâ potestate penes parentem fuit, dubitatio oriebatur, distinctio, moribus patriæ consentanea inter plebeios, Nobiles, Doctores, non tantùm Consiliarios, sed & alios in Academia probatâ promotos, atque etiam patritios, placuit, ut plebei, *die gemeine Burger vnd Baurs-Leuth*, & qui his similes sunt, usufructu bonorum adventitiorum à linea materna provenientium tamdiu gauderent, quamdiu liberis alimenta præstant. Verùm liberis per proprium Matrimonium, ac proprium focum, vel aliàs per propriam familiam ex paterna potestate exeuntibus, materna cæteràque bona adventitia à patre restitui debent, exceptâ dote, quâ pater totius vitæ tempore utitur, fruitur. Excipitur casus quo liberi intra 25. annum sine consensu parentis Matrimonium ineunt, ut tum ante 25. annum non teneatur pater bona materna restituere, sed his uti frui possit. Nobiles, Doctores & Patritii dotis ac bonorum paraphernalium ab uxore relictorum, bonorum etiam liberis per lineam maternam acquisitorum, usumfructum retinent ubi liberi patriâ potestate liberantur. Cæterarum rerum aliunde quæsitarum non item.



CAPUT IV.

DE BONIS PUPILLORUM ET MINORENNIUM EORUMQUE ADMINISTRATIONE PER TUTOREM ET CURATOREM.

SUMMARIUM.

Ratio, cur Infantes debeant esse capaces Dominii. 208.
Quomodo possit quis de rebus suis disponere pro tempore mortis. 209.
Quo sensu Tutela sit Officium publicum. 211.

208. De fide est, etiam infantes esse dominii capaces, ad Gal. 4. Quia verò dominium non habetur, nisi adsit voluntas habendi, in infantibus autē nulla sit hujusmodi voluntas propria, hinc ejus voluntas aliunde suppletur, ut in 1, & 2. Tract. declaratum est. Ratio autem à priori est. quia omnis illa potestas concedenda est Reipublicæ humanæ, quæ est necessaria ad rectam & felicem ejus gubernationem: atqui talis est potestas supplendi voluntatem infantium & amentium, imò & pupillorum ac minorennium adhuc infirmo judicio præditorum, in ordine ad acquirenda & administranda acquisita rerum dominia. Si enim infantes non essent dominiorum capaces, parentes non essent multùm solliciti in providenda illis hæreditate. Vnde Respublica mendicabulis abundaret, aliique vehementer in aliis sublevandis gravarentur, unde consequeretur educatio pessima, mores corruptissimi, &c.

209. Ex eodem fundamento explicari possunt plura hujusmodi, v. g. quomodo quis possit disponere de rebus suis & dominium in alium transferre post mortem suam, quando ipse nec erit nec esse ampliùs potest Dominus rerum suarum, sed eas necessariò relinquere debet: item quomodo possit eum constituere Dominum, qui necdum in rerum natura existit, v. g. per substitutionem fideicommissariam seu indirectam: item quomodo possit relinquere hæreditatem jacentem seu vacantem, ità ut ad certum tempus bona in nulliꝰ privati dominio sint, donec ponatur hæc vel illa conditio, donec nascatur talis, &c. Sicut enim gubernatio Reipublicæ humanæ requirebat tale dominium Iurisdictionis, vi cujus posset Legislator etiam suorum præsentium subditorum posteros nascituros obligare legibus pro futuris temporibus, quibus ipse Legislator non ampliùs est exstiturus, eò quòd supremus Legislator Deus suppleat humanorum Legislatorum voluntates, ut auctor naturæ, ità pariter necessarium erat, hominibus tale concedi dominium proprietatis, vi cujus possent modo prædicto disponere, supplente scilicet Republicâ voluntatem personæ nondum existentis, hoc est, ità interea de bonis per dominium altum disponentre, aliósque ex justitia obligante, sicut prudenter fieri vellet illa persona si existeret, & usum rationis haberet. Et hoc ipsum est, quod Iura significare volunt, quando hæreditatem dicunt esse personam fictam: Nam, ut benè notavit Card. Pallavicinus, seclusâ omni fictione illa persona non est alia quàm Respublica.

210. De dominio pupillorum, & minorennium nihil restat dicendum, cùm omnia sint in prioribus expedita. Sed de Administratione hoc loco tractabimus, tum ob aliquam similitudinem, quæ est inter hujusmodi personas (quæ quidem sui Iuris sunt, sed alterius judicio gubernantur) & inter filiosfam. item inter patriam potestatem, & Tutelam, ac Curatelam, tum ad imitationem Imperatoris Justiniani, qui post absolutam patriam potestatem transit ad officium Tutoris, & Curatoris.

211. Neque hac tractatione limites operi huic præfixos (de Iure Privatorum) excedimus, prout alicui videri posset ex eo, quòd Tutela dicatur officium, & munus publicum. *l. 9. ff. de his qui sui. Filiusfam. in publicis causis loco patrisfam. habetur, veluti ut Magistratum gerat, ut tutor detur.* Nam simpliciter loquendo Tutela non est munus publicum, dicitur tamen esse Iuris publici, non utilitate (quia ad utilitatem privatorum tendit) sed authoritate, quia lex, & Magistratus ultro dat Tutores, & tam invitis pupillis obtrudit, quàm tutores invitos ad Tutelam

lam cogit, ut in progressu dicetur. Insuper etiamsi in Testamento tutor dari possit, non tamen nisi lege permittente: & hoc sensu dicitur Iuris publici.

CONTROVERSIA I.

Quid & quotuplex sit Tutela, & quomodo differant Tutor, & Curator.

SUMMARIUM.

Definitio Tutelæ. 212.
Malè quidam pro Vis. legunt Ius. 213.
Quomodo intelligendæ particulæ. In capite libero. 214.
Duplex discrimen Tutelæ à Curatela. 217.
Quomodo Causa efficiens rectè ponatur in definitione. 218.
Quomodo definitio conveniat Tutelæ Dativæ. 219.
Quamdiu Tutela duret. 220.
Divisio Tutelæ in Testamentariam, Legitimam, & Dativam. 221.

212. Tutela definitur à Justiniano. §. 1. *J. h. t.* post Servium Sulpitium, JCtum, & Dialecticum egregium, *Vis ac potestas in capite libero, ad tuendum eum, qui propter ætatem se defendere nequit, Iure civili data, ac permissa.* Ex qua definitione imprimis apparet, quomodo differat à patria potestate: hæc enim ut vidimus, non restringitur ad ætatem imbecillem, cùm etiam continere possit majorennem, præterquam quòd etiam non sit ejus finis primarius tueri & defendere.

213. Contra hanc definitionem objiciunt non ignobiles Legistæ, quòd textus sit corruptus, & pro *Vis* legendum sit *Ius*. Ità VVesenbecius, Vultejus, Treitlerus, & alii. Sed immeritò. Tum quia in Pandectis Florentinis, quæ correctissimæ sunt, legitur, *Vis*. tum quia sic legendum esse colligitur ex §. seq. J. *Tutores autem sunt, qui eam vim, ac potestatem habent, exque ipsa re nomen acceperunt.* Quasi diceret (Logicè loquendo) Persona Tutoris est subjectum denominationis à Tutela tanquam forma, & sic Tutela est *vis, & potestas*, itaque Tutor est, & denominatur habens vim, & potestatem. Taceo quòd hæc duo vocabula tanquam idem significantia sæpiùs in Iure conjungantur: quare velle in hoc subtilizare est nodum in scirpo quærere.

214. Objici majori jure posset. 2. quòd illæ part. *In capite libero* tum æquivocè, tum superfluè ponantur. æquivocè quidem, quia non satis constare potest ad quem referantur, an ad tutorem, an ad pupillum. Superfluè autem ideo, quia si dicas referri ad Tutorem, sunt planè superflua, quia si quid servirent, ad hoc servire deberent, ut excluderent Servum: atqui Servus per cætera sufficienter excluditur, quia servus nullam habet potestatem gubernativam jure civili datam ac permissam. Si verò dicas, referri ad pupillum, tunc non sunt idonea ad excludendum filiumfam. qui etiam est caput liberum. ergo addi deberet: *sui juris.* Respondent Hunnius & Harpprecht. illa verba ad utrumque referri. Verùm non ostendunt, quomodo relatio ad Tutorem non sit superflua ob rationem à me factam. Deinde dicunt, non fuisse necesse, addere: *sui juris.* quia præsupponitur eum qui in tutela est esse sui Juris. Sed hæc responsio est manifestè insufficiens, quia non minùs supponitur, eum qui in tutela est, esse caput liberum: imò hoc in ipsa definitione satis indicatur, dum dicitur dari ad tuendum eum, qui se tueri defectu ætatis non potest.

215. Ego itaque aliter respondeo, & dicò illa verba referri præcisè ad pupillum. Ideo autem non addi illa verba *sui Juris.* quia caput *liberum* hîc accipitur non prout opponitur *Servo*, sed prout opponitur etiam potestati patriæ, hoc est: caput liberum ab omni potestate gubernativa *in bonum Gubernantis*; cujusmodi est potestas dominica & patria, quæ in hoc prædicato aliquo modo conveniunt, quamvis in aliis differant. Tutela autem est potestas totaliter ordinata ad bonum pupilli qui gubernatur. Post hæc scripta vidi hoc discrimen etiam observatum ab Azone in tit. C. de tutela testament. n. 5.

Objici potest 3. Dari potest Tutor etiam filiofam. ergo non debet definiri Tutela in ordine ad illos solos qui sui juris sunt. Antecedens patet ex *L. fin.* §. 2. *C. de Sententiam passis & restit.* ℞. Hanc legem non esse ad rem. nam tutor fuit datus filio cujus pater erat deportatus, & sic filius impubes debebat habere tutorem, quia per deportationem patris sui juris factus est. quia verò pater beneficio principis fuit restitutus, & patriam potestatem recuperavit, nihilominus datus tutor permansit, quia timebatur filio propter improbos mores patris.

216. Objici potest 4. Datur etiam quandoque Servo tutor: ergo non tantùm capiti libero. Ant. patet ex *l. 13. ff. de Tutorib. & Curatorib. datis.* ℞. Illum Servum fictione juris censeri liberum, cui libertas simul & hæreditas testamento relicta est, & ideo jubet lex illi dari tutorem, donec hæreditas restituatur.

217. Ex posita definitione colligitur duplex discrimen Tutelæ à Curatela. primum quòd Tutor primò & principaliter datur ad defensionem personæ pupilli, & per consequentiam pro administratione bonorum. Cura autem primariò bonorum administrationi datur. Deinde Tutor datur præcisè in defectum ætatis, Curator autē datur etiam propter furorem prodigalitatem, morbum perpetuum, & alia vitia.

§. furio-

§. *furiosi & seq. Inst. de Curatorib.* *Furiosi quoque & prodigi licet majores 25. annis sint, tamen in curatione sunt agnatorum, &c. sed & mente captis, & surdis & mutis, & qui perpetuò morbo laborant, curatores dandi sunt.*

218. Objicit 5. Vulteius, ultimas particulas ideo redundare, quòd ponant causam efficientem in definitione. Verùm hæc objectio sapit ignorantiam philosophiæ. aliud est, causam efficientem poni in rectò in definitione (& hoc est vitium) aliud poni in obliquo tanquam terminum connotatum; seu in obliquo inclusum in ipsa forma. hoc modo ponitur lex civilis in definitione tutelæ, sicut in definitione *Creaturæ* in genere ponitur in obliquo Causa prima. imò secundùm modernam philosophiam ipsa lex civilis tribuens formam Tutelæ, est pars constitutiva in obliquo ipsius formæ. sed hæc ad philosophos spectant.

219. Objiciunt alii 6. Definitio posita non convenit Tutelæ dativæ, sed soli legitimæ & Testamentariæ. Nam dativa Tutela non ex Iure Civili, idest ex præscripto Legis XII. Tab. sed multò magis ex Magistratûs dantis decreto defertur. ut dicetur. *Ità Simon de Labrique* th. 3. R. In definitione non accipi Legem Civilem in hoc rigore, sed latiùs prout complectitur etiam reliquas partes Juris Cæsarei.

220. Tutela respectu masculorum durat usque ad decimum quartum annum completum, fœminæ verò usque ad duodecimum etiam expletum. *Inst. quib. mod. tut. finiat. pr.* Curatela durat ab hoc tempore adeptæ pubertatis usque ad vigesimum quintum expletum, si præcisè detur in defectum ætatis. *Inst. de Curatorib. pr.* Curator non datur invito, nisi ad litem. §. *Item inviti eod.* Imò in causis spiritualibus, ut Matrimonio, Beneficio, &c. & quæ illis annexa sunt: quisquis pubertatem adeptus est, potest sine curatoris & patris consensu sive per se, sive per procuratorem respondere. quodsi impubes sit, adjungetur ei ab Episcopo ejusvè Vicario Curator aut Procurator. *c. fin. de Judiciis in 6.* quod quia celebre est, huc ponam. [Si annum quartum decimum tuæ peregisti ætatis, in beneficialibus & aliis causis spiritualibus, nec non & dependentibus ab iisdem, acsi major 25. annis existeres, ad agendum & defendendum per te vel procuratorem (quem ad hoc constituendum decreveris) admitti debebis. Si verò infrà quartum decimum existas, per te agere aut defendere non poteris super ipsis; sed vel per tuum Episcopum, vel per Officialem ejusdem tibi Curator dabitur ad lites hujusmodi exercendas: aut tu ipse (si major infante fueris) cum auctoritate alterius eorundem Procuratorem ad eas poteris deputare. Delegatus etiam Apostolicæ Sedis, & subdelegatus ab eo, tibi (si non habeas) Curatorem dare valeant, vel auctoritatem constituendi Procuratorem præstare ad illas causas, vel lites duntaxat, quæ coram ipsis fuerint ventilandæ. In hujusmodi quoque litibus sive causis, quanquam in potestate patris existas, nec aliàs absque illius assensu in judicio regulariter esse possis, ejus, (cùm de his se intromittere non habeat) nequaquam requiri debebit assensus.] Iure Bav. fiunt majorennes 21. anno.

221. Divisio communis Tutelæ est in tres species: in Tutelam Testamentariam, Legitimam, & Dativam. Hanc divisionem impugnant aliqui post Cujacium, volentes, quòd accuratior esset divisio Tutelæ in Legitimam, & Dativam; Dativa iterum alia est, quæ datur in testamento, & alia quæ datur à Magistratu. Verùm non est, cur huic Logicæ subtilitati quidquam deferamus, & à consueta divisione, ejusque expositione recedamus.

222. Testamentaria Tutela est, cùm parentes liberis in potestate constitutis impuberibus, justo testamento tutores constituunt: de hac habetur integer titulus. *ff. de Testamentaria Tutela.*

Legitima tutela est, quando deficiente tutore testamentario, proximus agnatus à lege ad tutelam impuberis vocatur. de qua iterum est titulus Inst. *De Legitima Agnatorum tutela.* Hæc porrò quatuor species sub se continet: nempe tutelam agnatorum, patronorum, parentum, & fratrum, quæ *Fiduciaria* appellatur, de quibus iterum est titulus 17. 18. 19.

223. Dativa tutela est, cùm non exstante tutore Testamentario, aut legitimo, datur tutor à Magistratu, de quo est titulus Inst. de Attiliano tutore. & titulus. ff. *de Tutoribus & Curatoribus datis ab his qui Ius dandi habent, &c.* & titulus Codicis: *Qui dare Tutores & Curatores possint.* De quibus omnibus deinceps accuratiùs dicetur.

CONTROVERSIA II.

De Testamentaria Tutela.

SUMMARIUM.

Testamentarius Tutor alius confirmandus, alius non. 224.

Ut Datio Tutoris non confirmandi in Testamento valeat, quænam requirantur. 226.

An nomine Filiorum, vel Liberorum veniant etiam Nepotes. 227.

Testamentaria Tutela potest dari sub conditione pendente ad tempus, & ex tempore. 228.

Quidsi Minor veniam ætatis impetravit? 229.

Correcto Jure antiquo, Mater & Avia tutrices testamento dari possunt. 230.

Quinam Tutores Testamentarii indigeant confirmatione. 231.

Quale sit discrimen inter Tutorem datum ab extraneo, & datum à Matre. 234.

224. De

224. DE hoc primo loco agendum est, neque enim legitimæ, aut dativæ tutelæ locus est, nisi deficiat Testamentaria. *L.* 11. *ff. de Test. tutel.* ibi. *Sciendum est enim, quamdiu testamentaria tutela speratur, legitimam* (multò magis dativam) *cessare.* Est itaque tutela testamentaria, quæ testamento dari permittitur.

Testamentarius tutor alius est, qui non indiget confirmatione, alius, qui est confirmandus à Magistratu. Hac subdivisione observatâ, non est necesse addere cum Hunnio communi divisioni tutelæ quartum membrum, nempe tutelam confirmatam.

225. Tutorem non indigentem confirmatione dare possunt suis liberis (sed non tenentur) omnes illi qui liberos habent in patria potestate. *L.* 1. *h. t. Lege duodecim tabularum permissum est parentibus liberis suis, sive fœminini, sive masculini sexûs, si modò in potestate sint, tutores testamento dare.* & hoc meritò constitutum est, & à lege præsumptum, cum liberis optimè prospecturum esse, qui in vivis eis ex patria potestate prospexit.

226. Ut autem hæc tutoris datio valeat, requiritur primò, ut detur in testamento perfecto verbis directis, aut Codicillis testamento confirmatis. L. 3. [Testamento datos Tutores accipere debemus etiam illos, qui Codicillis testamento confirmatis scripti sunt.] Deinde requiritur, ut adita sit hæreditas ex hujusmodi testamento. L. 9. [Si nemo hæreditatem adierit, nihil valet ex his quæ testamento scripta sunt. Si verò unus ex pluribus adierit, tutelæ statim valent, nec exspectandum erit, ut omnes hæreditatem adeant.] Non tamen est necesse, ut impubes ipse hæres sit, imò etiamsi exhæredatus esset, adhuc tutoris datio teneret, cùm non fundetur in institutione, sed in patria potestate, quam non extinguit exhæredatio. L. 26. §. 2. [Propter litem inofficiosi testamenti ordinandam, exhæredato filio, cui tutorem pater dedit, eundem à prætore confirmari oportet: eventus judicatæ rei declarabit, utrum ex testamento patris, an ex decreto Prætoris auctoritatem acceperit.] Tertiò requiritur, ut is cui datur tutor, non sit recasurus in alterius potestatem. Tutorem enim non habet, nisi qui sui Iuris est, ut dictum præced. controv.

227. QUÆRES. Si in testamento detur tutor *Liberis* vel *Filiis*, an veniant hoc nomine etiam Nepotes & Filiæ. ℞. Sub termino *Liberorum* omnes hi veniunt. *L.* 220. *de V. S. Liberorum appellatione, Nepotes & Pronepotes, cæterique qui ex his descendunt, continentur.* Deinde Filiorum nomine etiam filiæ veniunt. Nam in Iure sermo masculinus concipit fœmininum, sed non econtra. Utrum autem in præsenti negotio nomine filiorum veniant Nepotes, est incertum. Nam imprimis etiam filiorum nomine sæpè venire nepotes, habetur in terminis l. cit. §. 1. Econtra etiam certum est, sæpè strictiorem esse *Filii* significationem, ut nepotes non comprehendat; & quamvis lex 84. eod. dicat; *Filii appellatione omnes liberos intelligimus*, notat tamen ibi glossa, Nepotes non intelligi, & hoc per legem. 6. *ff. de testam. tutela.* quæ proinde in præsenti negotio attendenda est, & sic loquitur. [Quidsi nepotes sint? an appellatione filiorum & ipsis tutores dati sint videndum, & magis est, ut ipsis quoque dati videantur, si modò liberos dixit: etenim NB. si filios: non continebuntur: aliter enim filii aliter nepotes appellantur. Planè si *posthumis* dederit, tam filii posthumi, quàm cæteri liberi continebuntur.] Circa hunc textum est ingens dissensio. Plures enim volunt esse legendum, *Posteris*. Ità Mynsf. Hopperus, Holoander, Manzius, & plura exemplaria, quæ inspexi, ita legunt, sed editio Flor. legit: *Posthumis*. Quâ lectione suppositâ, mirâ audaciâ dicit Bacchovius in Treutl. Imperatorem Justinianum & JC. Ulpianum ineptè respondisse, eò quòd liberi jam existentes non veniant nomine posthumorum. Ob hanc rationem, ut verum fatear, mallem legere *Posteris*.

228. Testamentaria tutela potest dari sub conditione pendente, ad tempus, & ex tempore. §. 3. *Inst. qui testam. tut. dari poss. Ad certum tempus, vel ex certo tempore, vel sub conditione, vel ante hæredis institutionem posse dari tutorem non dubitatur.* Differt ergo hæc tutela à legitima & dativa, quòd hæ non possint pendere ex eventu, sed certæ esse debeant, cùm non sit, qui legis aut Magistratûs factum suppleat. Testamentariâ verò propter conditionem pendente, potest & debet pupillo per Magistratum provideri, substituto alio tutore, qui pupillum interim tueatur. §. 1. *Inst. de Attil. Tut.* Hinc defenditur datio tutoris furiosi, ægri, minoris 25. annis, subintelligitur enim conditio: ubi mentis compos fuerit, convaluerit, major ætate factus fuerit. §. 2. *Inst. qui testam.*

229. Sed quidsi minor veniam ætatis impetravit? adhuc exspectandum est tempus majorennitatis. Nam venia ætatis minoribus ad hoc solum conceditur, ut de propriis tantummodo rebus liberiùs disponere possint, non ut ad negotia aliena accedere valeant. *L.* 2. *C. de his qui ven. ætat. impetrav. qui honestate morum præditi paternam frugem, vel avorum patrimonia gubernare cupiunt.*

230. Correcto Iure antiquo per *auth. Matri. C. quando Mulier.* Mater & Avia tutrices Testamento dari possunt. [Matri & Aviæ secundùm ordinem tutelam subire etiam ante agnatos permittimus, si inter gesta nuptiis aliis, & auxilio S. C. Velleiani renuntiaverit, solis testamentariis præcedentibus eas, legitimis & dativis postpositis. Defuncti namque voluntatem præponimus. Præter has autem aliis mulieribus interdicimus officium tutelæ subire.] Et Auth. seq. additur. [Sacramentum quidem non exigitur, sed contractis nuptiis expelli eam à tutela

convenit, salvâ minoribus omni aliâ (prout Iuris est) cautelâ.] Ex his constat, quòd legitima Matris tutela cesset per secundas nuptias. vnde probabiliter infertur, etiam testamentariam cessaturam, ob rationem legis præsumentis minùs accuratam tutelam, nisi expressa mens testatoris aliud vellet. Jure Bavarico, quando mater testamento suis liberis tutrix data est, ipsi duo assistentes adjunguntur, quibus singulis annis summariè rationes reddere debet. L. R. a. 3. Imò Iure hoc etiam non data in testamento potest esse tutrix liberorum, quamdiu vidua permanet, & bona diligenter administrat, adjunctis duobus assistentibus, ut dictum.

231. Hactenus de tutore testamentario, qui non indiget confirmatione Magistratûs, cùm per leges satis confirmatus sit. Nunc breviter videndum de illo qui confirmatione opus habet. &

Primò quidem si Pater det tutorem filio pupillo emancipato, confirmanda est datio, & quidem simpliciter nullâ præmissâ inquisitione. *l. 3. ff. de confirmando tutore.* [Qui à patre tutor scriptus est, aut non justo testamento, aut non ut lege præcipiebatur, confirmandus est ad tutelam gerendam, perinde acsi ex testamento tutor esset, id est, ut satisdatio ei remittatur.] Hoc ipsum clarius, & insuper quomodo mater possit filio tutorem dare, ponitur in lege 4. *ff. de testam. tutel.* ibi. [Sed & inquiri in eum, qui matris testamento datus est tutor, oportebit: cùm à patre datus, quamvis minùs jure datus sit, tamen sine inquisitione confirmatur, nisi, si causa propter quam datus videbatur, in eo mutata sit, veluti si ex amico inimicus, vel ex divite pauperior effectus sit.] Ex his legibus & alia mox citanda constat, idem dicendum de tutore dato in testamento imperfecto, & in Codicillo non confirmato per testamentum, vel verbis precariis datus. L. 1. §. 1. de confirm. tut. ibi. [Si autem fuerit persona talis, quæ non potest dare, vel mater aut patronus, aut extraneus quis, aut persona, cui non potest dari, velut si pater filio non existenti in potestate, aut filiæ dederit, aut si dixerit: Precor te curam habere rerum; aut in Codicillis non confirmatis dederit tutorem, aut curatorem, tunc quod deficit, repleri à consulari potestate constitutiones concesserunt, & secundùm mentem confirmari tutores.

232. Secundò confirmatur tutor datus filio naturali per patrem. *Per arg. à contrario. l. 7. ff. de confirm. tut. Naturali filio cui nihil relictum est, tutor frustra datur à patre, nec sine inquisitione confirmatur.* Idem dicendum de quovis extraneo tutorem dante. *L.* 4. [Si Patronus, vel quivis extraneus impuberi, quem hæredem instituerit, tutorem dederit, & extra ea nihil in bonis habeat pupillus, non malè dicetur, judicium ejus sequendum esse, qui & personam ejus, quem tutorem esse voluerit, noverit, & impuberem ità dilexit, ut eum hæredem instituerit.]

233. Controversum est circa tutorem à matre in testamento datum, an debeat confirmari etiam tùnc quando filium hæredem instituit. Affirmant plures, quibus subscribit Hunnius propter legem. 4. *ff. de testam. tutela.* cujus verba paulò antè recitavi. adeo quidem, ut si filium non instituit hæredem, datio sit omnino nulla, quia tunc præsumitur non benè voluisse filio consulere per tutorem, quem noluit habere hæredem. Ità Cujacius, Faber, Heigius, Vulteius, Borchold apud eundem. Verùm huic sententiæ adversatur *Lex* 4. *C. h. t.* quæ sic habet. [Mater testamento filiis tutores dare non potest, nisi eos hæredes instituerit; quando autem eos hæredes non instituerit, solet ex voluntate defunctæ datus tutor à præsidibus confirmari.] Et ideo sententiam contrariam tenet Harpprecht. volens hac lege esse derogatum legi. 4. ff. eod. Verùm mihi non est improbabile, quod docet Cuiacius, & Hunnius, in hac lege textum esse corruptum, & omissâ part. negativâ legendum esse: *Quando autem eos hæredes instituerit.* & hoc videtur planè colligi ex contextu, multóque clariùs ex eo, quòd hæc lex non sit Justiniani Imperatoris, sed sit retenta ex antiquiore Codice qui non ampliùs exstat, est enim Alexandri Imperatoris Constitutio, quæ cùm sit antiquior lege. 4. Digestorum, non potest hanc abrogare. Itaque verior videtur sententia communior, quòd mater non possit tutorem dare filio non instituto, qui à Magistratu confirmetur, sed benè, si eum instituerit, tunc enim cum inquisitione confirmabitur.

234. Dices: ergo nullum est discrimen inter tutorem datum ab extraneo, & datum à matre. ℞. Discrimen indicari in *l. 4. ff. de confirm. tutore.* jam sup. relata. nempe quòd extraneus tantùm tunc possit dare tutorem confirmandum, quando hæres, cui datur, nihil habet in bonis præter id in quo instituitur. quia non convenit ab extraneo dari tutorem pro bonis quæ ab ipso non proveniunt. Deinde etiam hoc discrimen esse videtur, quòd tutori à matre dato remittatur satisdatio. *L. 2. ff. de confirm. tut.* Quod autem P. Molina n. 14. hic distinguit inter bona relicta à matre, & quæ aliunde habet, ut satisdatio remittatur solùm quoad priora, non video, in qua lege fundetur, nec aliquis Legista, quem viderim, hoc discrimen facit. Et regula generalis est, quòd satisdatio non exigatur ab eo, qui cum inquisitione datus est: ergo tutor à matre datus, & cum inquisitione confirmatus non tenebitur ad satisdationem.



CON-

CONTROVERSIA III.

De Legitima Tutela.

SUMMARIUM.

Quinam sint Legitimi Tutores. 235.
Quomodo ad Legitimos devolvatur Tutela, si Tutor testamento datus non gerat tutelam. 239.
Si proximi gradu non sunt idonei, aut excusati, quinam veniant. 240.
An Avo paterno non solùm præferatur Mater, sed etiam Avia. 242.
Ad quot gradus se hæc Tutela extendat. 243.
Quid Iuris, si quis impubes minorennem habeat fratrem, qui ob defectum ætatis non potest esse tutor. 244.
An mater amittens jus tutelæ, ob secunda vota possit reassumere tutelam mortuo secundo Marito. 245.
Quid specialis Iuris habeat Legitima Patronorum tutela. 246.
Non subsistente testamento, ob exhæredationem an deferatur tutela testamentario, vel legitimo. 247.

235. TEstamentario tutore deficiente, vel quia nullus à defuncto datus est, vel quia datus quidem, sed mortuus ante testatorem, vel ante pupilli pubertatem, legitimus tutor ad tutelam vocatur, originaliter quidem lege XII. Tab. quâ lege, & antiquo Iure fiebat discrimen inter Agnatos, hoc est, per lineam masculinam conjunctos, utentes iisdem insignibus, & eodem familiæ, seu domûs nomine, cujusmodi sunt fratres ex eodem patre, & sorores, fratrum filii, &c. Patruus, patruelis, &c. & inter cognatos, hoc est secundùm sexum fœmineum conjunctos, ut est filius sororis, &c. uno verbo, qui alio cognomine & insignibus gentilitiis utuntur: quo, inquam, antiquo Iure priores, non posteriores immediatè ad successionem vocabantur, & ideo etiam ad tutelam. Sed jure novo (ut tr. 5. dicetur) hæc differentia sublata est, sicut & differentia inter emancipatos & non emancipatos quoad successionem.

236. Primo ergo loco tutela legitima Matri defertur, si quidem tutrix esse velit, sed (ut jam suprà dictum est) priùs debet coram Judice promittere, se ad secunda vota non transituram, nisi depositâ priùs tutelâ, ac præterea debet renuntiare beneficio S. C. Velleiani (de quo tract. 9.) *Auth. Matri & Aviæ*, jam suprà relatâ, & auth. Sacramentum. *C. quando mulier tutelæ off. fungi potest.* etiam relatâ.

237. Secundo loco venit Avia, & excludit cæteros propinquos. *Auth. de hæred. ab intestato. §. ex his.* ibi. [Nisi Mater, aut Avia fuerit. His enim solis secundùm hæreditatis ordinem, & tutelam subire permittimus.]

238. Tertio itaque loco, exclusis deinceps omnibus fœminis, quantumvis propinquis (cùm officium tutoris aliquo modo publicum, & virile sit) veniunt laterales illi, qui gradu sive agnationis, sive cognationis sunt propinquissimi, eo modo quo ab intestato succederent, si pupillus impubes moreretur. Ità Nov. 118. c. 5. [Ex his, quæ de hæreditate diximus, & disposuimus, & quę de tutela sunt, manifesta consistunt. Sancimus enim, unumquémque secundùm gradum, & ordinem, quo ad hæreditatem vocatur, aut solum aut cum aliis (qui in eodem gradu conjuncti sunt) etiam functionem tutelæ suscipere. Nulla neque in hac parte differentia introducenda de agnatorum, seu cognatorum Iure, sed omnibus similiter ad tutelam vocandis, quique ex masculorum, quique ex fœminarum prole descendunt minori conjuncti. Hoc autem dicimus, si masculi, & perfectæ ætatis sint, & nullâ lege prohibeantur tutelam suscipere, neque excusatione competente sibi utantur.] In casu, quo nimis multi essent in eodem gradu conjuncti, cùm non expediat tutelam à tam multis administrari, sic statuitur auth. *Sicut C. h. t.* [Quodsi plures sint ejusdem gradûs, & ad tutelam vocantur, jubemus communiter apud Judicem convenientibus unum, vel plures eligi, & eum, vel eos administrare, ut magìs idoneo, vel idoneis committatur tutela, periculo tutelæ omnibus imminente, qui ad tutelam vocantur, & substantiâ eorum minoribus tacitè subjacente pro hujusmodi gubernatione.] Estque hæc auth. desumpta ex Nov. 118. *c. 5. cit.*

239. QUÆRITUR nunc 1. Quomodo ad legitimos devolvatur tutela, si tutor testamento datus non gerat tutelam, vel quia moritur ante pubertatem pupilli, vel quia excusatur, vel quia removetur. Ad hoc quæsitum Respondetur ex lege. 11. à §. 1. [Etsi semel ad testamentarium devoluta fuerit tutela, deinde excusatus sit tutor testamentarius, adhuc dicimus in locum excusati dandum (alium tutorem à Magistratu) non ad legitimum tutorem redire tutelam. Idem dicimus etsi fuerit remotus, nam, & hic idcirco abit, ut alius detur. Quodsi tutor testamento datus decesserit, ad legitimum tutela redit, quia hîc S. Consultum cessat. Planè si duo, pluresve fuerint tutores testamentarii, in locum ejus qui decessit, vel in civitate esse desiit (per capitis diminutionem, seu maximam, seu mediam) poterit dari alius: cæterùm si nullus superfit, vel in civitate sit, legitima tutela succedit.] Ratio est, quia capitis diminutio ista est quædam mors civilis.

240. QUÆRITUR 2. Si proximi gradu non sunt idonei ad tutelam, vel excusantur, an tunc alius à Magistratu dandus sit, vel veniant legitimi post impeditos proximi. Ratio dubitandi est, quia isti non sunt successione proximi, cur ergo in locum illorum, qui

 spem

ſpem proximam ſucceſſionis habent, ſuſtineant onus tutelæ, quandoquidem onus tutelæ ob ſpem ſucceſſionis à lege imponitur? Nihilominus reſpondendum eſt *ex l. 10. ff. de Legit. tut.* vocari propinquiores, & ſic fieri, ut interdum hæreditas ſine tutela, & tutela ſine hæreditate deferatur. Sed de hoc diſtinctiùs quæ. 6.

241. QUÆRITUR 3. Quare DD. in explicanda legitima tutela communiter nullam mentionem faciant tutelæ, quæ poteſt avo, & patri competere, nempe ſi quis filium, aut filiam, nepotem, aut neptem ex filio, & deinceps impuberes emancipaverit, tunc enim, ut ſup. diximus, cùm de effectibus Emancipationis ageremus, & habetur *Inſt. de leg. par. tut.* legitimus emancipatorum ante pubertatem tutor erit. Ergo malè communiter dicitur, quòd legitima tutela primo loco defeatur Matri, nam primo loco patri deferetur. ℞. Præterquam quòd rarum ſit, ut filius impubes emancipetur, eſt præterea hæc ratio, quia hæc tutela olim Fiduciaria dicebatur, & nunc dicitur Quaſi legitima, & non ſimpliciter legitima, quia non deſcendit ex lege XII. tab. Quare autem olim fiduciaria dicta ſit, videri poteſt apud Interpret. in tit. Inſt. de Fid. tut. & eſt quæſtio nullius utilitatis, ac proinde omittenda.

242. QUÆRITUR 4. An Avo paterno non ſolùm præferatur mater (utpote Iure ſanguinis proximior) ſed etiam Avia. Hunnius affirmat q. 22. & probat his verbis. [Juſtinianus in Nov. 118. c. 5. dicit, ſe Matrem, & Aviam quoad Tutelam OMNIBUS A LATERE COGNATIS præponere. Quodſi omnibus: utique etiam Avo paterno.] Ego non aſſequor hanc conſequentiam. Nam Avus paternus utique non eſt lateralis. Itaque Gloſſa in auth. *Matri, & Aviæ* C. quando mulier: rem ſic ordinat. *Si exiſtit Pater, & Mater, Pater in Tutela præfertur matri. Si autem eſt Avus, & Avia, ambo admittuntur, cùm non ſit cautum, quòd Avia per legitimos repellatur. Si ſit Mater, & Avus, præponitur Avus paternus, cùm ſit legitimus* (ſed hoc ſecundùm communiorem non eſt verum, ut paulò antè dictum, quia mater eſt proximior) *ſed ſi erit Pater & Avia, æqualiter admittuntur.* (Sed nec hoc credo verum. Si enim pater matrem excludit, & mater Aviam, utique pater Aviam excludet, juxta illud: ſi vinco vincentem te, multò magis vinco te,) dicendum ergo videtur ad quæſitum, Avum non excludi ab Avia, ſed ſimul admitti.

243. QUÆRITUR 5. Ad quot gradus ſe extendat Legitima Tutela. ℞. Ad tot gradus, ad quot ſe extendit Ius ſucceſſionis. Quouſque autem hoc ſe extendat, an in infinitum, vel ſolùm ad decem gradus, in tr. ſeq. de ſucceſſione ab Inteſtato dicetur.

Reſpectu bonorum Feudalium eſt ſpecialis ratio, cur ſe extendat etiam ultra decimum gradum, quia omnibus agnatis lateralibus à primo acquirente originem trahentibus, in infinitum defertur. Et hoc, inquit Hunnius, potiſſimùm procedit in Feudis Regni, Ducatûs, Marchiæ, Comitatûs, Baroniæ, atque in ſimilibus Feudis Regalibus, ſive Regalem dignitatem habentibus: nam in his datur ſucceſſio in infinitum: ergo, & in infinitum eſt locus Tutelæ legitimæ.

244. QUÆRITUR 6. Quid Iuris ſit, ſi quis impubes minorennem habeat fratrem, qui ob defectum ætatis non poteſt eſſe Tutor, utrum ſequens agnatus proximior patruus, vel patruelis, ad Tutelam admittatur, an verò à Magiſtratu ſit Tutor conſtituendus. ℞. Si frater eſt evaſurus majorennis, priuſquam alter pubes fiat, & quidem tempore aliquo notabili, tunc à Magiſtratu ad interim Tutor dabitur. Ità Schneidewein ex communi DD. & meritò. Cur enim ſtatim gravaretur remotior, ſi frater paulò pòſt idoneus erit? Secùs verò procedit reſponſio data ſuperiùs q. 2. nempe quòd tunc vocetur propinquior, v. g. patruus.

245. QUÆRITUR 7. Utrum Mater quæ ad ſecunda vota tranſiit, ideoque Ius Tutelæ amiſit, ſi ſecundus Maritus moriatur priuſquam filius pubertatem attigit, poſſit reaſſumere, & adminiſtrare Tutelam. Affirmat Speculator *tit. de Tutor. §. nunc videndum. v. quid ſi mater.* Sed rectiùs negant cæteri, Mynſinger, Treutlerus, Hunnius, Tiraquellus, & alii. Qui tamen limitant, ut poſſit reaſſumere, quando liberis de alio tutore necdum eſt proſpectum, vel ſi habebat quidem animum nubendi, ſed non nupſit.

246. QUÆRITUR 8. Quid Iuris ſpecialis habeat Legitima Patronorum Tutela? Cùm hæc hodie parùm in uſu ſit. Breviter ℞. Patronus eſt legitimus tutor ſervi impuberis manumiſſi. Si Patronus deceſſit, Tutela ad ejus liberos pertinet. Quodſi plures Patroni fuerunt, & alter filium, alter nepotem reliquit, ad filium non ad nepotem Tutela pertinet, quia & hæreditas ſic defertur. Quodſi ex pluribus Patronis unus deceſſerit, vel ab hoſtibus captus, aut aliâ ratione in ſervitutem redactus ſit, quamvis filium reliquerit, tutela penes cæteros Patronos, quamdiu vivent, erit, nec cum illis filius captivi, aut ſervi effecti concurret. Hæc videri poſſunt apud Interpretes in tit. Inſt. de Leg. patr. tutelâ.

247. QUÆRITUR 9. Si in teſtamento tutor datus eſt, ſed teſtamentum non ſubſiſtat ob exhæredationem injuſtam, vel præteritionem filii, utrum tunc Tutela deferatur legitimo, an teſtamentario. ℞. Antiquo Iure legitimo deferebatur, quia tale teſtamentum per *querelam inofficioſi* penitus evertebatur. Sed hodie, teſtamento quoad hæredis inſtitutionem corruente, legata, tutela, & cætera teſtamento conſtituta

ſtituta, firma manent ex communiore DD. opinione, adeoque tutela teſtamentario deferetur. Sed de veritate illius opinionis erit alius dicendi locus, cùm agemus de Exhæredatione liberorum Tract. 6.

CONTROVERSIA IV.

De Dativa Tutela.

SUMMARIUM.

Quandonam ſit locus Tutelæ Dativæ. 248.
Ad quem Judicem ſpectet dare Tutorem. 249.
Ad quos ſpectet petere Tutores. 250.
An & quando habenti Tutorem alius Tutor, aut Curator detur. 252.
Quinam à lege prohibeantur dari Tutores. 253.
An tantùm à Dativa Tutela excludatur Creditor & Debitor. 256.
A Tutela removetur Prodigus. 257.

248. IN defectum Tutorum de quibus hactenus actum eſt, ad Magiſtratum, & Judicem ſpectat aſſignare idoneum tutorem, quem ad ſuſcipiendam tutelam etiam cogere poteſt, ità exigente conditione pupillorum, & hinc dicitur *Dativus.* [Si cui nullus omnino tutor fuerat, ei dabatur in urbe quidem à Prætore Urbano, & majore parte tribunorum plebis tutor ex lege Attilia, in Provinciis verò à Præſidibus Provinciarum ex lege Julia, & Titia.] *Inſt. pr. De Attiliano Tut.* plura in ſeqq. §§. quæ jam ſuperiùs explicata ſunt, ſed nunc ſub hoc titulo, abſque jurium iterata allegatione, repetenda. Imprimis ergo Dativo Tutore opus eſt, quando nullus eſt datus legitimo modo in teſtamento, & nullus etiam legitimus haberi poteſt. Deinde ſi tutor teſtamento datus eſt ſub conditione pendente, vel ex certo die. Item dum hæres deliberat de adeunda hæreditate, interea alius tutor quaſi Vicarius à Prætore decernitur, *l.* 10. *ff. de teſtam. tut. Si hæreditas nondum adita ſit, ex qua tutor ſperatur, verius eſt alium tutorem poſſe dari, quaſi nondum ſit, nec ſperetur.* Quodſi teſtamentum penitus non valeret, vel hæreditas repudiaretur ab hærede ſcripto, ſtatim legitimus, & non dativus vocaretur ad tutelam. Denique ſi tutor ab hoſtibus captus eſſet, tutela in ſuſpenſo eſſet propter ſpem reditûs, & interim à Magiſtratu alius ſubrogandus eſſet. Nam reverſus ope poſtliminii omnia Iura, adeoque & tutelam recuperat. De quo etiam ſup. *de pat. pot.* dictum eſt.

249. QUÆRITUR 1. Ad quem Iudicem ſpectet dare tutorem. ℞. Spectare ad Iudicem patris pupilli, eſto pupillus abſens ſit. Item ad Iudicem loci unde pater originem trahit, aut ubi filius natus eſt, ſi pater ibi domicilium habebat, aut ubi majorem partem facultatum ſuarum ſitam habet. & inter hos eſt locus præventioni, nam ab uno datus prævalet, & alius ab aliis dari non poteſt. *L. un. C. ubi petantur tutores.* junctâ gloſsâ. [Magiſtratus ejus civitatis, unde filii tui originem per conditionem patris ducunt, vel ubi eorum ſunt facultates, Tutores, vel Curatores his quamprimum ſecundùm formam perpetuam dare curabunt. Quodſi filii neque poſſident quidquam in Provincia, ubi morantur, neque inde originem ducunt, reſtituti apud patriam ſuam, & ubi Patrimonium habent, morabuntur, ut ibi defenſores legitimos ſortiantur.] Quodſi in duabus Provinciis habeant facultates, utriusque Provinciæ Judex tutores dabit. *L.* 27. *ff. de tutorib. & Curat. datis.*

250. QUÆRITUR 2. Ad quos ſpectet petere tutores, aut Curatores. ℞. Matri incumbit onus petendi tutorem intra annum, ſi ipſa nolit eſſe tutrix. Curatorem autem petere non tenetur, *cùm puberes minores anno* 25. *ipſi ſibi curatores, ſi res eorum exigit, petere debeant. l.* 6. *C. qui petant tutores.* Quodſi non petierit, indignam ſe facit hæreditate, & ſucceſſione, ut nulla ei ignorantia Iuris ſit profutura, niſi caſu fortuito impedita fuiſſet. *L. fin. eod.* [Matres naturalibus etiam filiis ad ſimilitudinem eorum, qui ex juſtis, & legitimis nuptiis ſunt procreati, petendorum tutorum neceſſitati ſubjaceant, nullâ eis ignorantiâ Iuris ad evitanda legibus, vel ſacris conſtitutionibus definita, ſi petitionem tutorum minùs curaverint, profuturâ.] Adde l. 8. eod. Ad idem tenentur propinquiores. *L. ſciant. C. de legitimis hæredib.* [Sciant, qui ad ſucceſſionem vocantur pupilli mortui, ſi defuncto ejus patre, tutorem ei ſecundùm legem non petierint intra annum, omnem eis ſive ab inteſtato, ſive jure ſubſtitutionis ſucceſſionem ejus (ſi impubes moritur) denegandam eſſe.] Sed quidſi his non petentibus cæteri deinceps etiam non petant, an propterea eâdem ſucceſſione privabuntur? Negat Fachineus lib. 8. c. 59. quem ſequitur Ant. Perez. Sed inſiſtendo Iuris apicibus ego affirmandum putarem cum Bartolo, in L. *Nepotibus C. qui petant tutores.* Reverâ enim lex adducta *Sciant.* ſine exceptione, aut reſtrictione loquitur, neque Fachineus habet fundamentum reſtringendi ad illos qui primi vocantur. Adducit quidem legem 2. §. ult. ff. ad Tertull. ubi dicitur, *Matre tutorem non petente ſucceſſionem ad alios pertinere.* Verùm ſi hæc lex aliquid probaret, ſoli matri, & nulli alii proximiori incumberet onus petendi tutorem, quod eſt contra ipſum Fachineum. Deinde argumentatur ab abſurdo. Si, inquit, eſſent quatuor, vel quinque agnati, & nemo eorum peteret tutorem, nemo poſſet hæreditatem obtinere, & fiſco eſſet applicanda, quod abſurdum eſſe videtur, & iniquum. ℞. Imò iniquum eſt, illos qui non obliviſcun-

tur Iuris quod habent ad successionem præ fisco, oblivisci pupilli cui volunt succedere, eúmque indefensum relinquere, fortè ut tantò citiùs intereat, & successioni sit locus: non est ergo absurda, sed justa sequela.

251. In aliorum defectum Creditor habet Ius petendi tutorem. *l. 4. C. h. t.* [Si filiis debitoris tui non sunt necessarii, qui tutores petant, potes & ipse curare, ut accipiant per quos legitimè defendantur.]

252. QUÆRITUR 3. An aliquando habenti tutorem alius tutor vel Curator adjungatur. ℞. Per se loquendo hoc fieri non potest. l. 9. eod. *Cùm jure habenti tutorem tutor dari non possit.* & l. 9. *ff. qui dare Tutores. cùm habenti tutorem alium dari jura prohibeant.* Excipitur tamen ab hac regula 1. Si patrimonium pupilli latè diffusum est, ut ab uno commodè administrari non possit, tunc enim alius Curator à Præside ei adjungitur. *L. 3. C. In quib. causis, &c.* [Propter latè diffusum vel in diversis locis constitutum patrimonium, vel quòd solus ad administrationem non sufficias, an tibi tutelam administranti adjungi aliquos curatores oporteat, præses provinciæ, si te non sufficientem deprehenderit, æstimabit.] 2. Si patrimonium sit auctum. L. fin. eod. [Cùm ob augmentum facultatum curatores adjungi solent, non priùs dati tutores ab administratione eorum liberantur. Sanè si is, qui administravit, tempore finitæ tutelæ fuit solvendo, secuti temporis periculum ad te pertinere non potuisse manifestum est.] adde *L. 9. §. fin. ff. de administr. tut.* ibi. [Qui datus est simpliciter tutor pupillo, vel curator, si quid postea augmenti accesserit, periculo tenetur, quamvis soleat ad augmentum dari curator.] Sed, si tutor solvendo non est, periculum cum Curatore communicatur. *ibid.* 3. In locum Tutoris Reipublicæ causâ absentis, vel aliàs excusati, alius substituitur, sicut & in locum suspecti, convicti, remoti. *l. 1. 2. 4. C. in quibus causis, &c.* 4. Si Tutor durante tutelâ debitor aut Creditor pupilli factus est, tunc ei Tutor vel curator adjungitur. *Nov. 72. C. 2.* aliud esset, si jam priùs creditor aut debitor fuisset, ut jam dicetur.

253. QUÆRITUR 4. Quinam à lege prohibeantur dari Tutores aut Curatores. ℞. 1. Milites. *l. 4. C. qui dare tutores.* [Militiæ armatæ muneribus occupatus, neque si legitimus sit, neque si ex testamento datus fuerit, nec alio modo (etsi voluerit) Tutor vel Curator fieri potest: sed si errore ductus res administraverit, negotiorum gestorum actione convenitur.] Secundò Maritus. l. 2. eod. [Maritus etsi rebus uxoris suæ debet affectionem, tamen curator ei creari non potest. 3. Creditor & debitor. Nov. 72. [Hæc omnia lege corrigentes, & præcipuè illud, ut si quis obligatum habuerit minorem, aut ejus res, hunc non omnino ad curationem ejus, vel si legibus vocetur, accedere, &c.] & paulò pòst. [& illud Sancimus, ut si apertissimè manifestum est, quia is qui sit administrator, ipse est juri minoris obnoxius: neque ipse curator erit.] Exceptam tamen esse Matrem & Aviam Nov. 94. jam suprà notatum est, ubi c. 1. exceptionis ratio redditur, quòd Matrem vel Aviam pius naturæ amor circa filios sine suspicione faciat quàm plurimùm, cæteris creditoribus vel debitoribus nullam habentibus ad filios favoris necessitatem.

256. Sed dubium est, utrum tantùm à dativa tutela, vel etiam à legitima & testamentaria excludatur Creditor & Debitor. Distinctionem adhibet Faber post Bart. Si enim testator scivit esse talem quem dedit, non repelletur. Si autem nescivit, repelletur. Ego tamen hanc distinctionem non probo, sed simpliciter dicendum existimo, tales à testamentaria tutela non repelli, quia dicta auth. de dativis loquitur. faciliùs eam admitterem in legitimis, quia Matri & Aviæ tanquam legitimis hoc privilegium singulare est, quòd admittantur etiam debitrices & Creditrices: cùm ergo exceptio firmet regulam in contrarium, videntur etiam alii legitimi, notorii Debitores & Creditores removendi. In Testamentario est alia ratio, quia approbatio Testatoris fraudis suspicionem excludit, etiamsi nescìverit esse Debitorem aut Creditorem.

257. Quartò à Tutela removetur Prodigus. Tum quia furioso comparatur, tum quia ipsemet curatore indiget. Quintò. Qui jam unam Tutelam malè administravit. *l. 3. §. 8. ff. de suspectis tutorib.* 6. Religiosus, Episcopus, & alii Clerici secundùm Novellam 123. c. 5. quæ sic habet. [Deo autem amabiles Episcopos, & Monachos, ex nulla lege tutores aut curatores cujuscunque personæ fieri permittimus, presbyteros autem & Diaconos, & Subdiaconos jure & lege cognationis tutelam aut curam suscipere hæreditatis permittimus proprio & solo gradu cognationis ad tutelam & curam vocatis hujusmodi suscipere administrationem permittimus, si tamen intra quatuor menses ex quo vocati sunt, apud competentem Judicem scripto declarent talem administrationem propriâ voluntate suscepisse, & si quis eorum forsan hoc fecerit, nullum ex hoc in alia tutela aut cura præjudicium patiatur.] 7. Qui postquam à patre tutor designatus est, graves inimicitias cum patre exercuit, nec reconciliatus est. *L. 8. ff. de confirm. Tut.* *In confirmando tutore hoc prætor inquirere debet, &c. an inimicitiæ cum patre exarserint.* Omitto alios, de quibus jam constat ex dictis, cujusmodi sunt fœminæ, Minores, Surdi, Muti, &c.



CON-

CONTROVERSIA V.

De Satisdatione Tutorum, & remotione Suspectorum.

SUMMARIUM.

258. QUÆRITUR 1. Quinam tutores & curatores debeant satisdare, rem minoris salvam fore, integréque restituendam, nullúmque detrimentum in administrandis, defendendis, augendísque pupilli rebus ex negligentia & culpa obventurum. ℞. Jure communi inspecto, omnes qui non sunt testamento aut per inquisitionem dati, Inst. h.t. pr. ibi. *Nam tutores testamento dati satisdare non coguntur, quia fides eorum ac diligentia ab ipso testatore approbata est. Item ex Inquisitione tutores vel curatores dati satisdatione non onerantur, quia idonei electi sunt.* Subintelligenda tamen est limitatio & exceptio *leg.* 8. *ff. de confirm. tutore.* nempe si conditio dati tutoris post confectum testamentum ità mutata esset, ut dubium prætori esse possit, an voluntas patris se ad talem casum extenderit, tunc enim satisdatio exigenda esset.

259. Dixi. *Jure communi inspecto.* Nam hodie sine discrimine omnes tutores & curatores cautionem præstare debent, ex reformatione Politiæ Caroli V. de anno 1548. & Rudolphi. II. Imper. de anno 1577. tit. 32. ubi ratio generalis redditur, quia sæpissimè compertum est, etiam jure communi exceptos in officio suo vel negligentes vel dolosos fuisse. Itaque hoc novo jure non tantùm cautionem præstare, sed corporali juramento promittere debent, quòd personis pupillorum & minorennium rectè prospicere, bona eorum utiliter & fideliter administrare, singulis annis ultrò & non requisiti rationem reddere, nihil in propriam utilitatem convertere, nec quidquam sine præscitu & decreto Magistratûs alienare velint, ut jam distinctiùs dicetur. Iure Bavarico hujusmodi rationes reddendæ sunt vel finitâ tutelâ, aut singulis annis, vel etiam secundo & tertio anno, pro arbitrio Magistratûs vel agnatorum, & pro ratione circumstantiarum: idque fieri debet coram Magistratu præsentibus agnatis vel cognatis: vel inter Nobiles, Doctores, & Patritios, &c. coram agnatis tantum. a. 5. & 10. aliquando etiam in Consilio aulico, ut notat Kraisser.

260. Potest tamen ex pluribus tutoribus testamento etiam datis unius satisdatio sufficere, si se ad illam offerat, & solus administrare velit, & cæteri consentiant. Ità habetur §. 1. *h. t. Inst.* cætera quæ in dicto §. habentur, reformata sunt, & ideo non refero. In eadem reformatione habetur, quòd Tutores qualescunque sint, administrationem rerum pupillarium & minorum non suscipiant priùs, quàm decreto Magistratûs illis administratio committatur. Quo decreto interposito conficient protinus Inventarium omnium bonorum, nullis exceptis, quæ pupillus vel minor habet, ídque coram Notario & testibus. Deinde satisdabunt, sive cautionem præstabunt, quæ fiat vel sub hypotheca omnium suorum bonorum, vel datis fidejussoribus (quæ est satisdatio specifice sumpta) & insuper corporale juramentum præstabunt, sanctéque promittent, curaturos sese, ut personæ pupilli & minoris, in educatione, cæterisque necessariis rectè prospiciatur, bona eorum utiliter & fideliter administrentur, rationes administrationis singulis annis reddantur, & denique tutelâ curâve finitâ se bona restituturos esse.

261. QUÆRITUR 2. Quibus actionibus subveniatur Pupillo, aut Minori. ℞. 1. Competit illi actio tutelæ, & actio ex stipulatu rem pupilli salvam fore, & actio hypothecaria, quatenus bona Tutoris & Curatoris tacitè sunt hypothecata minori à puncto tutelæ & curæ susceptæ, ità ut ad quemcunque devenerint, possit ea minor extrahere ut sibi satisfiat. *L. pro officio C. de Administ. tutor.* [Pro officio administrationis, Tutoris vel Curatoris bona, si debitores existant, tanquam pignoris titulo obligata minores sibi vindicare non prohibentur. Idem est, etiamsi Tutor vel Curator quis constitutus res minorum non administravit.] 2. Contra fidejussores etiam datur illi actio ex stipulatu, rem pupilli salvam fore. *l.* 4. *§.* 2. *ff. rem pupilli sal. fore. Illud sciendum est, hac stipulatione teneri tam eum qui tutor est, quàm eum qui pro tutore negotia gessit, vel gerat, & fidejussores eorum.* Horum bonis universis excussis si necdú indemnitati pupilli in solidum satisfieri possit, restat tandem actio subsidiaria, de qua Inst. h. t. §. 2. sic habetur. [Subsidiaria autem actio in eos datur, qui aut omnino à tutoribus vel curatoribus satisdari non curârunt, aut non idoneè passi sunt caveri, quæ quidem ex Const. Imperialibus etiam ad hæredes eorum extenditur, quibus constitutionibus & illud exprimitur, ut nisi caveant tutores, & curatores, pignoribus captis coërceantur.] Hæc igi-

igitur actio subsidiaria (ut habetur §. 4.) non datur contra eos qui tutores & curatores dare solent, ut sunt Præfectus urbi, Prætor, Præses, Consul, &c. sed contra illos, quorum est exigere satisdationem, & contra eorum hæredes; & hi sunt Magistratus Municipales, Civitatum defensores, & alii pro diversa locorum consuetudine. Huic legi videri posset quoad hæredes esse derogatum per legem. 7. *C. de Magistrat. conveniendis.* ibi. *In hæredes Magistratûs, cujus non latâ culpâ idoneè cautum non est pupillo, non solet actio dari.* Ad hoc tamen respondent Interpretes, esse discrimen, quòd contra ipsos Magistratus detur hæc actio etiam ex levi culpa, contra hæredes verò non nisi ex lata culpa.

262. QUÆRITUR 3. An satisdatio purget vitium suspicionis, ità ut etiam suspectus tutor oblatâ satisdatione admittendus sit. ℞. Adeo non purgat, ut tutor suspectus omnino sit removendus etiam postquam admissus est, sive sit testamento datus sive legitimus sive dativus. l. 4. C. de suspectis tut. *Etiam testamento patris tutorem datum suspectum postulare potes si fraudem tutoris argueris.* Inst. §. 1. eod. *Datum est autem jus removendi tutores suspectos Romæ Prætori, & in Provinciis Præsidibus earum, & Legato Proconsulis.* Sed non est satis expeditum cum his conciliare legem 9. ff. eod. ubi dicitur. *Si tutor aliquo vinculo necessitudinis, vel affinitatis pupillo conjunctus sit, vel si patronus pupilli liberti tutelam gerit, & quis eorum à tutela removendus videatur, optimum est, curatorem ei potiùs adjungi, quàm eundem cum notata fide* (id est nota infamiæ) *& existimatione removeri.* Glossa putat, hoc solùm esse consilium, absolutè tamen posse removeri. Sed hac ratione nullus legitimus esset removendus, sed curator adjungendus esset. Alia responsio est, tunc esse adjungendum curatorem, quando si removeretur, v.g. ob dolum vel culpam latam, incurreret infamiam; (ut dicemus:) amovendum autem esse, si de sola culpa levi suspectus est, ob quam amotionem non fieret infamis. Verùm cùm priùs adductæ leges velint, esse simpliciter removendos nec consanguinitatis ullam mentionem faciant, cui parci velint (nam sic à fortiori etiam Testamentario parcendum esset, ac denique etiam cum inquisitione dato) ideo, salvo meliore judicio putarem illam legem Digestorum non ampliùs esse observandam, sed simpliciter removendam, ut habet alia glossa. Posset tamen fortasse locum habere in persona non quomodocunque conjuncta, sed à qua (sicut libertus à patrono) maxima beneficia accepisset pupillus, aut ad huc sperare posset. tunc enim consultius esset pupillo, talem non amoveri, quàm amoveri cum offensa.

263. QUÆRITUR 4. Quinam de jure pro suspectis habendi sint. ℞. §. 5. Inst. h.t. *Suspectus autem est, qui non ex fide tutelam gerit, licet solvendo sit.* Paulò accuratiùs *l. 3. §. 5. & seqq. ff. eod.* In summa, suspectus est, non cui res angusta domi est, nec enim paupertas suspectum facit, si de reliquo fidelis sit *l. 8. ff. h. t.* sed qui tam corruptos mores habet, ut ex illis meritò censeatur imminere periculum pupillo & rebus illius. Huc pertinent & illi, qui astu quodam vel dissolutâ negligentiâ delatum sibi munus recipere cunctantur. l. 2. C. eod. *Curatores quidem suo periculo, quantò tardiùs tutela ad eos transfertur, cessant; quodsi in fraudem factum existimas, suspectos eos postula. qui si submoveri meruerint, in locum eorum alios accipies.* & l. 3. *Quodsi in eadem contumacia perseveraverint, suspectos postulare, ut alii in locum eorum petantur non prohiberis.* Is etiam tanquam suspectus removetur, imò ad prætorem urbis puniendus remittitur pœnâ corporali, qui vel mendacio negat adesse in bonis pupilli unde illi alimenta præbeantur, vel qui se subducit, ne pupillo alimenta decernantur. l. 3. cit. §. 14. & seq. & l. 7. §. 2. ff. eod. ibi. [Tutor qui ad alimenta pupillo præstanda copiam sui non faciat, suspectus est, poteritque removeri. Sed si non latitet, sed præsens nihil posse decerni contendit quasi inopibus, si datis pupillo advocatis in mendacio revincatur, ad præfectum urbis remittendus est, &c. puniendus eâ pœna, quâ solent affici, qui tutelam corruptis ministeriis prætoris redemerunt.] Eadem habentur §. 9. *Inst. h. t.* ubi illud speciale constituitur, quòd in absentis tutoris possessionem bonorum pupillus mittatur. Interim datur Curator, qui ex bonis pupilli ea distrahat, quæ servando servari non possunt, & inde pupillo alimenta præstet. Ità hunc locum intelligit Mynsinger. Sed magis ad litteram textûs videtur mihi intelligere Casparus Manzius, quòd nempe ex rebus tutoris possessis custodiæ causâ ea vendantur, quæ per moram deteriores fierent.

264. QUÆRITUR 5. Quinam possint Tutorem suspectũ postulare seu accusare. ℞. Quemvis de populo, adeoq; quemvis cognatum, affinẽ pupilli: imò & ipse pupillus, si pubes factus evaserit, Curatorem suum suspectũ postulare potest, dummodo ex consilio necessariorum seu amicorum id faciat, ne ætatis ludibrio ductus temerè notet curatores suos. §. 3. *Inst. h. t.* ibi. [Sciendum est, quasi publicam esse hanc accusationem, hoc est omnibus patere. Quin imò & mulieres admittuntur ex rescripto Divorum Severi & Antonini, sed eæ solæ quæ pietatis necessitudine ductæ ad hoc procedunt, ut puta mater, nutrix quoque, & avia, potest & soror. Sed & si qua alia mulier fuerit, quam prætor propensâ pietate intellexerit sexûs verecundiam non egredientem, sed pietate perductam non sustinere injuriam pupillorum, admittet eam ad accusationem. & §. 4. Impuberes non possunt tutores suos suspectos postulare; puberes autem curatores suos ex consilio necessariorum suspectos possunt arguere.

265. QUÆ-

265. QUÆRITUR 6. Quid interea agendum dum accusatio pendet. ℞. §. 7. Inst. Quoad cognitio finiatur interdicitur Tutori vel Curatori administratio. Quodsi suspecti cognitio suscepta fuerit posteaquam tutor vel curator decesserit, extinguitur suspecti cognitio. Verùm hæc accusationis per mortem extinctio non impedit, quominùs tutelæ actio adversus tutoris hæredem dirigatur, quemadmodum contra ipsum tutorem moveri potuisset si supervixisset. *L. fin. C. de hæredib. tutor. v. l curat. Hæredes eorum, qui tutelam vel curam administrârunt, si quid ad eos ex rebus pupilli vel adulti pervenit, restituere coguntur. In eo etiam quod tutor vel curator administrare debuit, nec administravit, rationem reddere eos debere non est ambigendum.*

QUÆRITUR 7. Quam culpam præstet Tutor aut Curator. ℞. Non quidem levissimam, sed tamen levem. *L. 7. C. Arbitrium tutel.* [quidquid tutoris dolo, vel latâ culpâ, aut levi seu curatoris minores amiserint, vel cùm possent, non acquisierint, hoc in tutelæ seu negotiorum gestorum utile judicium venire non est incerti Iuris.] Et licèt hoc videri posset esse contra communem regulam, quòd quando in Contractu spectatur sola utilitas alterius, cui quis obligatur, solùm præstetur culpa lata, meritò tamen Quasi-contractus tutelæ excipitur, quod est officium publicum, & versans circa personas sibi insufficientes, quibus meliore modo ut succurratur, interest Reipublicæ. Non desunt aliqui rigidi Interpretes, qui etiam ad levissimam culpam obligant tutorem, moti lege 4. *C. de pericul. tut.* ubi solùm excusantur à præstando casu fortuito: ergo (inferunt) culpam omnem etiam levissimam præstabunt. ℞. Negando consequentiam: & hunc argumentandi modum in tract. de Contractibus sæpiùs rejiciam: quia Imperatores respondent ad id, quod ex ipsis quærebatur: si ergo quæritur de casu fortuito, de hoc solo respondent, à culpa abstrahunt, quia de illa non quærebatur.

Major controversia est, an similiter tutorum hæredes (lite necdum contestatâ) de levi culpa teneantur. Affirmant Cujacius & Hotomannus. Negant Ant. Faber, Hunnius & alii probabiliùs. Probatur 1. ex *l. 4. ff. de Magist. conveniend.* ibi. [Non similiter hæredes Magistratuum, ut ipsi tenentur. Nam NB. nec hæres tutoris negligentiæ nomine tenetur: nam Magistratus quidem in omne periculum succedit: hæres ipsius dolo culpæ proximæ succedaneus est.] Ubi per *Negligentiam* culpa levis intelligitur. Et confirmatur ex *L. 1. C. de hæredib. tut.* ibi. [hæredes tutorum ob negligentiam, quæ latæ culpæ non comparari possit, condemnari non oportet.] Quòd autem Cujacius ex quibusdam Græcis exemplaribus putet priorem negationem expungendam, vel ideo rejiciendum est, quòd sic sequeretur, hæredem ne quidem de lata culpa teneri, cùm tamen Cujacius velit teneri etiam de levi.

Objicit Cujacius 1. Actio tutelæ datur in hæredes tutoris. Respondet Hunnius, dari quidem sed aliter quàm in ipsos tutores, ut colligitur ex lege 4. cit. & ex eo quòd hæredes tutoris comparentur hæredibus Magistratûs, ut ex eadem lege patet.

Objicit 2. In aliis contractibus hæres eodem rigore tenetur, quo defunctus. Ergo & hæres tutoris. ℞. Negando conseq. nam ut paulò antè notavi, si paritas cum aliis contractibus observaretur, ne tutor quidem de culpa levì teneretur, quia obligatur non in suum, sed solius pupilli commodum. Mirum ergo non est, quòd major rigor in favorem pupillorum introductus non extendatur ad hæredes.

266. QUÆRITUR 8. An tutor accusatus & convictus, fiat infamis. ℞. Si de dolo accusatus & convictus, adeoque à tutela remotus est, certum est esse infamem. §. 6. Inst. h. t. *Suspectus autem remotus, si quidem ob dolum, famosus est: si ob culpam non æquè.* Hæc ultima verba movent dubium, de qua culpa loquatur Imperator, an de levi, an etiam de lata, & supina. Donellus, Vdalricus Zasius, & Duarenus putant, ob nullam culpam fieri famosum. Communis aliorum sententia est, idem dicendum esse de culpa lata, quod de dolo, quia nihil frequentius in Iure est, quàm culpam latam dolo æquiparari. L. quòd Nerva 32. ff. Depositi. *Quod Nerva diceret, latiorem culpam dolum esse, Proculo displicebat, mihi* (Celso) *verissimum videtur. Nam etsi quis non ad eundem modum, quem hominum natura desiderat, diligens est, nisi tamen ad suum modum curam in Deposito præstat, fraude non caret. Nec enim salvâ fide minorem iis, quàm suis rebus præstat.* Vbi tamen notare oportet, quòd *lata culpa* non accipiatur, prout communiter à Theologis accipitur pro ea quæ opponitur communi diligentiæ aliorum patrumfamilias, sed quæ opponitur diligentiæ, quàm Depositarius in suis propriis rebus solet adhibere. quæ profectò vix potest à dolo & malitia, vel ut eam Zasius nominat, versutia excusari, à qua faciliùs excusaretur utique, si simili negligentiâ in propriis versaretur. Deinde in L. Magna. ff. de V. S. *Magna negligentia culpa est, magna culpa dolus est.* L. 1. §. 1. ff. *Si mensor falsum modum dixerit.* in fine. *Lata culpa planè dolo comparabitur.* ex quo loco rejicitur quorundam distinctio, quòd hoc solùm procedat in Contractibus, non autem in delictis. nam in hoc loco sermo est de delicto. Idem colligitur ex *L. 1. §. 8. & l. 31.* simul junctis. *ff. Depositi.* nam in priore dicitur, quòd Depositarius solum dolum præstet. In secunda verò, quòd etiam de lata culpa possit actione depositi conveniri. Itaque leges, quas adversarii pro se afferunt, non de culpa lata, sed de levi loquuntur.

reversis annus vacationis indulgetur à suscipienda nova tutela. *l.* 2. *eod.* & hic annus est continuus, computatúrque, ex quo quis rediit, vel redire debuit. *l.* 4. *ff. de vacat. & excusat. munerum.* cætera habentur §. 2. Inst.

273. Dictum est, interim dari Curatorem. An etiam tutor dari possit, meritò dubitari potest ob legem. 3. §. *si quis absfuturus.* 10. *ff. de suspectis tutoribus. & l.* 12. *ff. de tutel. & l.* 9. *pr. ff. de tutelæ & rationib. distrah. actione.* in quibus dicitur, in locum tutoris Reipub. causâ absentis tutorem peti posse, tutorémque datum fuisse supponitur. Responsio communis est, ibi per tutorem intelligi Curatorem: quæ tamen interpretatio mihi difficilis est. Meliùs respondent alii, regulariter quidem dari Curatorem, nihilominus dari quandoque Tutorem, si tutor absens, vel absfuturus sic desideraverit, fortè intelligens pupillo id profuturum propter lites in Iudiciis ordinariis, aliave de causa. Quòd autem communiter dicitur, Tutorem habenti tutorem non dari, id quomodo intelligendum sit, superiùs explicatum est Contr. 4. q. 3. & casus præsens exceptus ibidem; & est causa excipiendi manifesta, quia propter absentiam perinde est, acsi tutor esse, saltèm ad tempus desiisset: unde, & rediens dicitur in §. 2. cit. Inst. recipere, hoc est, reassumere tutelam. Quodsi trans mare absit, non resumit. *l.* 11. §. 1. *ff. de minorib. ubi* tales dicuntur tutelam deponere.

274. Quarta causa excusans est Magistratus, seu Potestas: excusans, inquam, à tutela suscipienda. *Sed susceptam tutelam deserere non possunt.* §. 3. *Instit.* Quia verò inter Magistratus Romanos discrimen erat, & majores, Consul Urbis, Prætor ibid. & in Provinciis Proconsul præses, &c. qui ne quidem volentes poterant suscipere tutelam, ideo. §. citatus intelligendus est de Magistratibus inferioribus, qui quando jam actu gerunt, possunt quidem tutelam si velint suscipere, sed si nolint possunt excusare: non tamen habent excusationem illi qui nondum administrant, sed sunt in spe acquirendi Magistratum. *l.* 23. *ff. de Excusat.* [Propter Magistratum, quem quis in municipio erat administraturus, tutelæ excusationem non habere respondi.] Quod, ut dixi, intelligendum est de spe administrationis. Alioquin non cohæreret cum aliis Iuribus.

275. Quinta causa est lis cum pupillo. §. 4. [Item propter litem quam cum pupillo, vel adulto tutor, vel curator habet, excusari non potest, nisi fortè de omnibus bonis, vel hæreditate controversia sit.] Sed Iure novo repellitur à tutela debitor & creditor, ut suprà adductis Iuribus probatum est, & ideo hæc causa non ampliùs habet usum, nisi fortè, si quis in fraudem, ad declinandum onus tutelæ vel curæ, pupillum aut adultum sibi debitorem faceret, v. g. procurando, ut alius sibi suas actiones adversus pupillum cedat. Tunc enim talis, nisi aliunde suspectum se redderet, non crederem repellendum esse, sed potiùs curatorem ad litem fore dandum.

276. Sexta causa excusans est trium tutelarum, vel curationum onus jam antè, & de facto impositum. §. 5. [Item tria onera tutelæ non affectatæ, vel curæ, præstant vacationem quamdiu administrantur; ut tamen plurium pupillorum tutela, vel cura eorundem bonorum, veluti fratrum pro una computetur.] Et hoc non præcisè in favorem tutorum, sed ipsorum etiam pupillorum, & adultorum cedit, ne ob onerum multitudinem minùs sedulò, & felicitet administrentur.

Septima causa excusans est paupertas (non quidem pupilli, nam tutor non datur principaliter bonis, sed personæ, unde etiamsi nihil in bonis habeat, tutore tamen opus habet. *l.* 12. §. 3. *ff. de administ. tut.*) sed tutoris, aut Curatoris. *si se imparem oneri injuncto possit docere.* §. 6. Ratio limitationis est, quòd alioquin plurimi prætextu paupertatis pupilli se excusarent. Ejusmodi paupertas excusans est, si præter quotidianas operas nihil habet, unde vitam tolerare queat. Cæterùm arbitrio Iudicis relinquendum est, ut ex circumstantiis judicet de sufficiente paupertate ad excusandum. Notant hoc loco Interpretes, quòd etsi per se loquendo pro tutela salarium peti non possit, hoc tamen exceptionem admittat in tutore, qui propriis manibus, & jumentis prædia pupilli, vel adulti colit, ad hoc enim quis dicat tutorem gratis teneri? Utrum autem Tutor Advocatus possit pro operis in causa pupilli præstitis salarium petere, non ausim affirmare, quamvis Lipsienses Iureconsulti teste Berlichio ità pronuntiaverint. Ego tamen, ut dixi, dubito, ob communem Doctorum opinionem, quòd tutor gratuitam, integram, & omni lucro abstinentem fidem, ac operam præstare debeat, etiamsi à negotiis suis propriis pupilli causâ fuerit avocatus, & impeditus.

277. Octava causa excusans est morbus. §. 7. [Item propter adversam valetudinem, propter quam ne suis quidem negotiis interesse potest, excusatio locum habet.] Hujusmodi censentur esse tabescentes, Epileptici, Paralytici, hydropici, febri, aut podagrâ laborantes, aut alio simili vehementiore morbo detenti, de quo Iudex arbitrabitur.

278. Nona causa excusans est literarum ignorantia §. 8. [Similiter eos, qui litteras nesciunt, esse excusandos D. Pius rescripsit, quamvis, & imperiti litterarum possint ad administrationem negotiorum sufficere.] Ex quibus ultimis verbis planè infertur, ignorantiam litterarum præcisè non excusare, sed ut conjunctam cum stupiditate quadam excludente sagacitatem, & industriam, qualis sæpè est etiam in rusticis, & litterarum penitus ignaris, & hoc confor-

conformiter ad *l. 6. §. ult. ff. h. t.* ubi dicitur, ejus qui se negat litteras scire, excusationem accipi non debere: *si modò non sit expers negotiorum.*

279. Decima causa excusans est inimicitia. quod dupliciter intelligi potest. Primò si in testamento datus est tutor à patre ex odio, & inimicitia. Secundò si intervenerunt post factum testamentum, vel etiam aliàs. de primo loquitur §. 9. [Item si propter inimicitias aliquem testamento tutorem pater dederit, hoc ipso præstat ei excusationem.] De secundo loquitur. §. 11. [Inimicitiæ, quas quis cum patre pupillorum, vel adultorum exercuit, si capitales fuerunt, nec reconciliatio intervenit, à tutela, vel cura solent excusare.] De hoc jam superiùs aliquid dictum est. Quænam sit capitalis, hoc est gravissima inimicitia, ad prudens etiam Iudicis arbitrium pertinet.

Undecima causa est, si quis statûs controversiam à pupillorum patre passus est. §. 12. ut si pater pupilli tutorem petierit in servitutem.

280. Duodecima est ætas septuaginta annorum, (quæ est senectus.) completorum. §. 14. Inst. Ubi notandum est, textum in lege. 3. *C. qui ætate, vel professione se excusant.* esse corruptum, ubi pro. L V. legendum est. L X X. Gaudent hac excusatione tam legitimi, quàm Testamentarii, & Dativi. Nam legitimi etiam senes etsi ad hæreditatem vocentur, excusari tamen à tutela possunt, sicut, & minores, ut suprà in simili dixi.

281. Decima tertia causa est, quæ habetur §. 15. [Item Romæ Grammatici, Rhetores, & Medici, & qui in patria suas has artes exercent, & intra numerum sunt, à tutela & cura habent vacationem.] Juristæ non excusantur, quia sunt maximè intelligentes eorum, quæ ad tutelam benè gerendam spectant. Et hactenus de causis excusantibus, in titulo hoc Inst. comprehensis.

282. Decima quarta causa excusans esse potest diversa conditio personarum, & statûs disparitas: sic qui ingenuus est excusatur à tutela liberti pupilli. *l. 3. C. h. t.* [Excusationis quidem tuæ, si ingenuus libertino tutor datus es, certa causa est.] Unde probabiliter colligitur, solis dativis hanc excusationem prodesse. Ex hoc tamen videtur profluxisse mos ille, quo se excusant nobiles, ne dentur tutores plebeis.

283. Decima quinta causa excusans specialiter à curatela est, cùm quis illius ipsius tutelam gessit, cujus curationem gerere deberet. l. 20. C. h. t. [Curator adultis nominatus, quorum tutor antea fuerat, invitus in administratione teneri non potest. Proinde si dies excusationibus præfinitus nondum excessit, uti competenti defensione potes.] Excipitur libertus, qui patroni liberis tutor & curator datus confirmatur sine excusatione, ob inæstimabile beneficium libertatis quod à patrono accepit, & pro quo omnia patrono debet. l. 5. eod. ibid. [Et ideo nec illud eis prodesse debet, quominus curatores etiam inviti Patroni, seu Patronæ liberis dentur, quòd eorum tutelam administraverint.]

284. Ex his excusationis causis si quis plures habet, potest unâ allegatâ, & fortè non probatâ, aliam allegare, nam Excusationes Exceptionibus æquiparantur. Cæterùm hæc Excusatio non debet fieri per viam appellationis, sed simpliciter proponet suam excusationis causam: quæ si à Judice reprobetur, ab hujus sententia non prohibetur appellare. l. 18. h. t. Quodsi sententiæ acquieverit, vel excusationem intra præfinitum tempus (de quo suprà) non allegaverit, postea non audietur. *l. 3. & 11. h. t.* Adeo ut omissæ medio tempore administrationis periculum ad eum redundet. *l. 19. C. de adminisi. tut.* quodsi autem fuerit à Iudice probata, isque tutorem nominatim absolverit, ad eum non pertinet periculum omissæ administrationis. *l. 22. h. t.* [Si tutor nominatus decreto præsidis habens excusationem absolutus es, ad te non pertinere periculum administrationis manifestum est.] Debet autem totum negotium Excusationis à die nominationis intra quatuor menses continuos expediri, postea, si ipse in mora fuit non audietur, l. 38. ff. de Excusat. tut. [Quinquaginta dierum spatium tantummodo ad contestandas excusationum causas non pertinet. peragendo enim negotio ex die nominationis continui quatuor menses constituti sunt.]

Iure novo Nov. 1. c. 1. tutor testamento datus, nullo modo potest legatum sibi quacunque ex causa relictum consequi, si tutelam recuset, nisi aliter constet de voluntate testantis.



CON-

CONTROVERSIA VII.

De Auctoritate & Administratione Tutorum & Curatorum.

SUMMARIUM.

Regula generalis circa autoritatem Tutoris necessariam. 285.
Quomodo sine tutoris auctoritate possit pupillus conditionem suam meliorem facere, alium sibi obligando. 286. *& seqq.*
Quonam tempore debeat intervenire Tutoris auctoritas. 290.
An Tutor possit suam auctoritatem interponere in negotio quod inter ipsum, & pupillum geritur. 292.
Negotium pupilli aliquando geritur à Tutore, nihil agente pupillo. 293.
Tutori & Curatori statim faciendum Inventarium. 295.
Ubinam educandus sit pupillus. 296.
Quænam sint causæ sufficientes ad alienanda bona immobilia pupilli cum Judicis Decreto. 297.

285. REGULA generalis, quandonam Tutoris auctoritas necessaria sit, statuitur Inst. h. t. pr. his verbis. [Auctoritas tutoris in quibusdam causis necessaria pupillis est, in quibusdam non est necessaria: ut ecce! si quid dari sibi stipulentur, non est necessaria tutoris auctoritas. Quodsi aliis promittant pupilli, necessaria est tutoris auctoritas. Namque placuit, meliorem quidem conditionem licere eis facere etiam sine tutoris auctoritate, deteriorem verò non aliter, quàm cum tutoris auctoritate. Unde in his causis, ex quibus obligationes mutuæ nascuntur, ut in emptionibus, venditionibus, locationibus, conductionibus, mandatis depositis, si tutoris auctoritas non interveniat, ipsi quidem qui cum his contrahunt, obligantur, at invicem pupilli non obligantur.]

Cùm autem obligatio sit duplex, alia Civilis, alia naturalis, nec dubium sit, textum adductum ad minimum loqui de obligatione civili, hoc est, quòd in Iudicio non detur adversus pupillum actio ex tali contractu, quæstio gravissima est, an pupillus saltèm naturaliter, hoc est in conscientia obligetur, quando sine auctoritate tutoris contractum celebravit, qui obligationem ex genere suo inducit, ut est, emptionis, locationis, &c. vel etiam pactum quacunque quo se alteri voluit obligare. Hanc quæstionem accuratè tractabo in tract. de Pactis, & Contractibus in genere, in quæst. de Inhabilibus ad contrahendum. Pro nunc contra obligationem civilem, quatenus dicitur in textu posse alterum pupillo obligari, quin pupillus vicissim obligetur, nisi quando causam suam meliorem facit pupillus, contra hoc inquam

286. Objicitur 1. Quod in uno ex correlativis statutum est, statui quoque debet in altero. *L. fin. ff. de accepti lat. & alibi passim.* Sed contrahentes inter se sunt correlativi: ergo si unus obligatur, debet & alter, & si unus non obligatur, nec alter obligari debet. ℞. Distinguendo majorem. Si eadem sit ratio in utroque correlativo, concedo, si sit diversa ratio, nego. & eodem modo distinctâ minore negatur conseq. Disparitas est manifesta. Nam pupillus est infirmæ ætatis & judicii, facileque circumveniri potest ab adulto. Ob hanc ergo rationem conveniens erat, legem favere pupillo contra alterum, quam legem non debet adultus ignorare: ac proinde contrahendo in legem consentire videtur.

287. Objicies 2. Inter contrahentes requirit Iustitia ut servetur æqualitas. atqui si pupillo contra alterum conceditur actio, & alteri econtra contra pupillum negatur, non servatur æqualitas. ergo agitur contra Justitiam. ℞. Distinguendo majorem. nisi alter contrahentium tacitè vel expressè renuntiet huic æqualitati, concedo ma. secùs nego. & eodem modo distinguitur minor. non servatur æqualitas, renuntiante huic æqualitati adulto, concedo, secùs nego min. & conseq. Dicitur autem renuntiare, quatenus sciens aut scire debens contrahit cum pupillo, cui leges favent antecedenter ad cujusvis contractum: & hoc fieri à legibus non solùm expediens, sed aliquo modo necessarium erat, ut multorum fraudibus obviaretur. Cæterùm si adultus ignoraverit invincibiliter alterum esse pupillum, etiam pupillus exceptione doli removebitur. quodsi scivit quidem esse pupillum, sed legem ignoravit, si persona est, in qua Iuris ignorantia excusat, & hoc in Iudicio probaverit, etiam sic exceptione juvabitur. Quodsi præsumptionem declinare non potest, saltèm in conscientia non tenebitur, & si cogatur observare contractum, & per observationem læsus fuerit, erit locus occultæ compensationi, de qua actum in primo tractatu.

288. Quod autem in textu recitato dictum est, posse pupillum conditionem suam sine tutoris auctoritate meliorem facere, cum grano salis intelligendum est; sunt enim aliquæ actiones, quæ per se loquendo videntur & sunt plerumque lucrativæ, sæpè tamen subest periculum læsionis, quatenus secum trahunt aliquas obligationes, & ideo tales non valent. Hinc neque hæreditatem adire, neque bonorum possessionem petere, neque hæreditatem ex fideicommisso suscipere aliter possunt pupilli nisi tutoris auctoritate (quamvis illis lucrosa sit) ne ullum damnum habeant, inquit Iustinianus §. 1. Inst. de Auct. Tut. Ratio est, quia hæres obligatur Creditoribus & legatariis, habet sæpè annexas periculosas lites, &c.

 Huic

Huic tamen textui videtur adversari *lex 26. ff. de Conditionibus institutionum*, quæ sic habet. [Si pupillus sub conditione hæres institutus fuerit, conditioni etiam sine tutoris auctoritate parere potest. idemque est, & si legatum ei sub conditione relictum fuerit, quia conditione expletâ pro eo est, quasi purè ei hæreditas vel legatum relictum sit.] ℞ Aliud est, ponere conditionem, quâ positâ habet absolutum jus adeundi hæreditatem: aliud, adire hæreditatem. in priori nihil læditur pupillus, sed lucratur Ius absolutũ, quod maneret conditionatum, imò nullum, si conditionem non poneret. sed adeundo hæreditatem est in periculo læsionis.

289. Magis obstare videri posset lex. 7. *versu: nisi etiam impuberi. C. qui admitti ad bonorum poss. possint. & l. 18. in fine. C. de Jure delib.* ubi dicitur, etiam sine tutoris auctoritate posse pupillum petere bonorum possessionem, & impetrare. ℞. In illis legibus expressè haberi, quòd Prætoris auctoritas suppleat defectum Tutoris. Prior lex sic habet. [Ipse autem pupillus bonorum possessionem sine tutoris auctoritate amplecti non potest: nisi etiam impuberi sine tutoris auctoritate hoc postulanti sciens hoc competens Iudex dedit bonorum possessionem: tunc enim emolumentum successionis videtur prætorio jure quæsitum esse.] Posterioris legis verba hæc sunt. *Vel si non habeat tutorem, adire prætorem, & ejus decreto hoc jus consequi poterit.*

290. Quo tempore autem auctoritas Tutoris intervenire debeat, declaratur §. 2. [Tutor autem statim in ipso negotio præsens debet auctor fieri, si hoc pupillo prodesse existimaverit. Post tempus verò, vel per epistolam, aut per nuntium interposita auctoritas nihil agit.]

291. Huic textui videri posset contraria esse lex 25. §. 4. *ff. de acquirenda vel omittenda hæreditate.* ubi Vlpianus dat discrimen inter mandatum seu jussum, & habentis potestatem & auctoritatem tutoris, & dicit illud debere præcedere, auctorictatem tutoris verò interponi perfecto negotio. *Jussum ejus*, inquit, *qui in potestate habet, non est simile tutoris auctoritati, quæ interponitur perfecto negotio: sed præcedere debet, ut Cajus Cassius lib. 2. Juris Civilis scribit, &c.* Ioannes Harpprecht mirè se torquet in explicanda voce, *Perfecto.* & dicit, non usque adeo ineptè posse accipi pro *Integro* adhuc negotio. Hinc dicitur res adhuc esse integra, id est perfecta, in qua nihil est immutatum, &c. Verùm hæc explicatio nullo modo placet. quia si hoc sensu negotium diceretur perfectum, hoc est nedum gestum aut inchoatum, tunc nulla daretur disparitas inter Iussum & auctoritatem tutoris, quia sicut Iussum, ità & auctoritas tutoris præcedere deberet negotium. Existimo discrimen in hoc consistere, quòd Iussum tempore præcedat totum actum qui ex Iussu fit, auctoritas autem tutoris potest apponi confecto negotio, modò toti negotio præsens fuerit, & tandem dicat: Probo quod gestum est. Ratio est, quia non est necesse ut tutor mandet pupillo, sed potest consensum & auctoritatem accommodare, nempe si pupillus sub conditione dixit se velle, si tutor consentiat, & tutor id audiens consensum accommodet, quem deinde alter contrahens acceptat. Sanè hunc sensum ad minimum debere inesse verbis dictæ legis 25. colligitur ex eo, quòd adducatur auctoritas Caii Cassii, quæ exstat in *l. 9. §. 5. ff. de auctor. & consensu tut.* ubi sic. *Tutor statim in ipso negotio præsens debet auctor fieri: post tempus verò, &c.* quæ sunt ipsissima verba. §. relati Instit. & sensus est (ut notat Ant. Perez) quòd nullus alius actus intervenire debeat inter negotium gestum & consensum Tutoris. Certè non apparet, quid aliud ex parte tutoris requiratur. Adhuc plus concedit Casparus Manzius, dum ad §. 2. n. 7. suarum Inst. sic ait. Quid si autem tutor mox negotio perfecto superveniat, & antequam alius actus intercedat, præsens auctor fiat? Respondetur, authorizatio valebit. *l. 25. ff. de acquirenda hæredit. Ant. Perez.* Ratio est, quia inesse videntur, quæ in continenti fiunt. *l. 40. ff. si certum petatur.* Ecce! hic auctor non requirit actualem præsentiam dum negotium geritur. Mecum etiam sentit Ant. Perez. in tit. *C. de Auctor. Tut.* paulò ante num. 3. ubi cùm miratus esset assertionem Bacchovii (quæ est eadem cum assertione Manzii) quòd asseruisset, ritè interpositam fore tutoris auctoritatem, etiamsi negotio præsens non fuerit tutor, si tamen postea superveniens id edoctus approbet, subdit, hæc duo copulativè requiri, præsentiam tutoris in limine negotii, & NB. ut perfectum negotium ratificet. Præterea, inquit, interponenda est hæc auctoritas purè, etsi conditionalis contractus cum pupillo fiat. *l. 8. ff. h. t.* Huc etiam facit lex 3. 3. h. t. *Etiam si non interrogatus tutor auctor fiat, valet auctoritas ejus, cum se probare dicit id, quod agitur: hoc est enim auctorem fieri.* Est ergo hoc speciale quid in pupillorum negotiis, ut per supervenientem ex intervallo ratihabitionem non confirmentur, sed ad solennitatem spectet, ratihabitionem in continenti accedere à tutore, qui ipsi negotio præsens & intelligens quid agatur interfuerit.

292. Ex dictis nascitur dubium, an Tutor possit suam auctoritatem interponere in negotio quod inter pupillum & ipsum tutorem geritur. Ad hoc respondetur §. 3. J. h. t. [Si inter tutorem pupillúmque judicio agendum est: quia ipse tutor in rem suam auctor esse non potest, non prætorius tutor, ut olim constituitur, sed curator in locum ejus datur, quo curatore interveniente judicium peragitur, & eo pacto curator esse desinit.] Qui textus ut intelligatur,

293. Advertendum est cum Interpretibus, negotium pupilli aliquando geri ab ipso tutore,

tore, nihil agente pupillo, & hoc fit per illos actus, quibus tutor dicitur administrare tutelam, de quibus est specialis titulus C. & Digest. & paulò pòst de illis etiam agemus in hac controversia, aliquando autem gerit pupillus ipse negotium, & tunc opus est ut accedat Tutoris auctoritas & consensus, & de hoc sunt Tituli Iuris de auctoritate Tutorum. Hinc autem fit, ut negotium possit esse mixtum, nempe quod geritur inter ipsum Pupillum & Tutorem, & ab utroque simul. Et hoc casu tutor non potest fieri auctor in rem suam, sed ejus loco curator pupillo constituendus est, ut proinde Tutor non formaliter & quà talis, sed solùm (ut Logici loquuntur) qui talis & specificativè interveniat. Quodsi tamen adhuc alius tutor esset, posset illius auctoritate negotium cum altero expediri. *L. si plures 24. ff. de testam. tut. Si plures tutores sint, à prætore curatorem peti supervacuum est, quia altero auctore cum altero agi potest.*

His tamen opponi posset casus qui habetur in lege 56. *ff. de administr. Tut.* ubi Tutor rerum pupillarium venditionem fecit, sed quædam animalia, quibusdam emptoribus pretium non solventibus sibi retinuit, & apud se habuit, pretium deinde rationibus pupilli intulit. videri posset hîc in rem suam auctor fuisse. Verùm respondetur, quòd hæc venditio fuerit potiùs actus administrationis, quia pupillus nihil egit. Unde respondit Scævola, pupillum animalia, & quæ inde nata sunt, vindicare non posse, quia tutor hoc casu non emit illa animalia à pupillo, sed ab emptore non solvente ea redemit.

294. Posset deinde difficultas moveri ex l. 5. §. 4. ff. de auct. tut. ubi sic dicitur. *Sanè si ipse quidem* (tutor) *emit palàm, dedit autem nomen non malâ fide, sed simpliciter, ut solent honestiores non pati nomina sua instrumentis inscribi, valet emptio: quodsi callidè, idem erit acsi per interpositam personam emisset.* Ergo si tutor palàm emat, & bonâ fide, valet emptio, atqui facta est auctoritate tutoris: ergo potest in rem suam auctor fieri. Hunc locum Legistæ ità interpretantur, tunc palàm contrahere tutorem cum pupillo, quando id facit auctoritate contutoris sui, vel decreto Iudicis cum causæ cognitione, vel cum consensu consanguineorum pupilli.

Quodsi pater pupilli fuisset debitor tutoris, posset tutor sibi solvere ex bonis pupilli hæredis, nam hic actus etiam ad administrationem pertineret, nec esset negotium *cum pupillo*, sed *pupilli*, sicut si alteri creditori solveret. Unde si res attentè consideretur, quoties tutor duplicem personam gerit, Tutoris & Creditoris, v. g. ubi contractus jam præcessit cum patre, & solùm satisfit obligationi, in tali inquam casu non præstat pupillo auctoritatem, sed administrat bona illius, sicut, si pupillus infans esset, & dicitur tunc agere pupilli nomine: Quare, si strictè sumatur auctoritas tutoris, tam repugnat in rem suam auctorem fieri, quàm pro seipso fidejubere, aut testimonium dicere. Et hæc non de Tutore solùm, sed etiam de Curatore intelligi debent.

Restat nunc dicendum, quomodo se Tutor, & Curator in administratione gerere debeat.

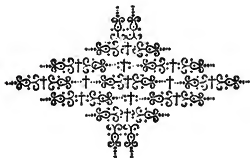
295. Tutor itaque, & Curator statim ubi se constitutos noverint, nec excusaverint, facient Inventarium, de quo jam superiùs actum est: est enim Inventarium caput, & fundamentum reddendarum rationum. Deinde antequam aggrediatur administrationem, coram Magistratu juramentum præstabit, quòd quidquid utile pupillo erit, curabit, & quod damnosum cavebit, ut etiam suprà dictum est, & habetur Auth. quod nunc. *C. de Curatore fur. & prodigi.* Insuper disertis verbis promittet, se in Iudiciis sine mora defensionem pro pupillo suscepturum, bonâ fide, & si causa justa videatur. His præstitis immiscebit se administrationi, ad quam primùm spectat, ut pupillus probè instruatur secundùm vires patrimonii, & conditionem illius: deinde ut ex fructibus alimenta decernantur: tertiò ut res pupilli conserventur, & si quid ab aliis exigendum, & in patrimonium inferendum est, ut inferatur, curabit, &c. Quæ in bonum pupilli alienanda videbuntur, alienabit servatâ formâ alienandi, vel à lege, vel à testatore præscriptâ. Si bona immobilia putaverit alienanda, id fiet interposito Iudicis decreto. Eadem cum proportione Curatores observabunt.

296. QUÆRITUR 1. Ubinam educandus sit pupillus. De hoc est *l. 1. C. ubi pupilli educ.* [Educatio pupillorum tuorum nulli magìs, quàm matri eorum, si non vitricum eis induxerit committenda est. Quando autem inter eam, & cognatos, & tutorem super hoc orta fuerit dubitatio, aditus præses Provinciæ, inspectâ personarum & qualitate, & conjunctione, perpendet ubi puer educari debeat. Sin autem æstimaverit, apud quem educari debeat, is necessitatem habebit hoc facere, quod præses jussit.] Hodie (inquit Perez) in plerísque locis, qui consuetudine, & statutis utuntur, ipso Iure matri committitur educatio; imò etiam vitrico.

297. QUÆRITUR 2. Quænam sint causæ sufficientes ad alienanda bona immobilia Pupilli, vel Minoris cum Iudicis decreto. ℞. 1. Æs alienum, quod aliis mediis expungi non potest. *L. ob æs alienum. C. de prædiis minorum. Ob æs alienum tantùm causâ cognitâ præsidali decreto prædium rusticum minoris provinciale distrahi permittitur.* Multò magìs, si talis venditio necessaria est ad alimenta præstanda, aut pupillum ab aliquo periculo liberandum. Ad dotandam sororem pauperem ex eodem patre natam, possunt etiam vendi res minoris. *L. lex quæ. 22. §. 1. C. de administ. tut.* [Lex quæ tutores

tores, Curatorésque necessitate astringit, ut aurum, argentum, gemmas, vestes, cæteraque mobilia pretiosa, urbana etiam mancipia, domos, balnea, horrea, & omnia, quæ intra civitatem sunt, venderent, omniáque ad nummos redigerent, præter prædia, & mancipia rustica, multùm minorum utilitati adversa est. Præcipimus itaque, ut hæc omnia, nulli Tutorum, Curatorumve liceat vendere, nisi hac fortè necessitate & lege, quâ rusticum prædium atq; mancipium vendere, vel pignorare, vel in dotem dare in præteritum licebat: scilicet per inquisitionem Iudicis, probat omnem causæ, & interpositionem decreti, ut fraudi locus non sit.] & L. 12. §. 3. ff. eod. clariùs & distinctiùs omnia proponuntur. [Cùm Tutor non rebus duntaxat, sed etiam moribus pupilli præponatur, imprimis mercedes præceptoribus, non quas minimas poterit, sed pro facultate patrimonii, pro dignitate natalium constituet: alimenta servis libertisque, nonnunquam etiam exteris, si hoc pupillo expediet, præstabit. Solennia munera parentibus, cognatísque mittet. Sed non NB. dabit dotem sorori alio patre natæ, etiamsi ea aliter nubere non potuit: nam etsi honestè, ex liberalitate tamen fit: quæ servanda arbitrio pupilli est.] In illud scilicet tempus, quando non ampliùs pupillus erit. Tenetur tamen frater alimenta præbere sorori uterinæ, si aliunde sustentari non potest, & ideo tutor etiam hæc providebit. *l.4. ff. ubi pupillus educari.* in fine. [Existimo, etsi citra Magistratuum decretum tutor sororem pupilli sui aluerit, & liberalibus artibus instituerit, cùm hæc aliter ei contingere non possent, nihil eo nomine tutelæ judicio pupillo, aut substitutis pupilli præstare debere.]

Bona immobilia possunt etiam sine Iudicis decreto alienari, si testator ità alienari jusserit. *L. 1. C. Quando decreto opus non est.* [Si probare potes, patrem pupilli, cujus tutores convenisti, consensisse, ut reddito tibi prædio precium reciperet, id quod convenit, servabitur: neque enim in ea re auctoritas præsidis necessaria est, ut tutorum sollicitudini consulatur, si voluntati defuncti pareant.



CONTROVERSIA VIII.

Quomodo Tutela finiatur, & de Actione Tutelæ directa & contraria.

SUMMARIUM.

298. Finitur Tutela, per se loquendo, cùm pupillus ad pubertatem pervenit, mas quidem post completum decimum quartum annum, fœminæ post duodecimum; quæ tamen non tam puberes, quàm viripotentes dicuntur. *Inst. Quibus modis pr.*

Dixi: *per se loquendo.* Quia etiam post adeptam pubertatem Tutor negotiis pupillaribus assistere jubetur, donec rationibus redditis in Curatorem administrationem omnem transtulerit, si tamen Curator dandus sit, nam invito Curator non datur. Non censetur autem omnem administrationem transtulisse, qui adhuc retinet instrumenta litis à se cœptæ, & ideo quamdiu hæc & alia acta ad causam pertinentia, quæ penes se habet non tradiderit, litem prosequi suo periculo tenetur. *L. un. C. ut causæ post Pub. adsit Tutor.* [Tutores, qui necdum administrationem ad Curatores detulerunt, defensioni causarum pupillarium assistere oportere, sæpè rescriptum est, & ideo si instrumenta, quibus asseri possunt causæ provocationis, etiamnum hi quorum meministi, apud se detinent, aditus præses Provinciæ periculi sui eos admoneri præcipiet.] Tutore mortuo hæredi incumbit cœptam litem prosequi. Itaq; licèt tutela finita sit, periculum tamen administrationis non est finitum, ut dictum est. Potest tamen, ut periculum evitet, finitâ tutelâ rationes reddere, & pupillum jam puberem factum admonere, ut sibi Curatorem petat, in quem negotia,

lites

lites cæptas, aliásque res pupillares transferat. *L. 5. §. 5. ff. de admin. tut.* ubi hoc fieri posse supponitur per illa verba. *Si Tutor pupillum suum puberem factum non admonuerit, &c.*

299. In Germania consuetudo obtinuit, ut Tutores maneant Curatores usque ad completum 25. annum ætatis, nisi veniam ætatis impetraverit pupillus, (de qua alibi dicetur,) quæ masculis non conceditur nisi sint viginti annorum, fæminis verò si sint octodecim annorum. Imò Iure Bavarico *tit. 5. a. 5.* Tutor finitâ tutelâ etiam ejusdem curatelam, nisi justam excusandi causam habeat, suscipere tenetur.

300. Finitur etiam tutela, si arrogetur impubes (quæ est minima capitis diminutio, quia fit juris alieni transiens in patriam potestatem arrogantis,) vel deportetur (quæ est media capitis diminutio, quia amittitur civitas, sed non libertas) item si in servitutem (quæ est maxima capitis diminutio) redigatur, vel ab hostibus capiatur. *Inst. h. t. §. 1.* Tutor autem per minimam capitis diminutionem non liberatur tutelâ testamentariâ, aut dativâ, sed tantùm legitimâ, quia per atrogationem transit ad aliam familiam, quæ omnia jam suprà insinuata sunt, & habentur *Inst. §. 4. h. t.* & hoc de Iure antiquo. Nā jure novo sublatâ agnationis & cognationis differentiâ, nulla ampliùs tutella minimâ capitis diminutione finitur. *Nov. 118. c. 4.* sup. relatâ.

301. Cæteri modi finiendæ tutelæ ex suprà dictis etiam satis constant, ut, si datus sit in certum diem, si usque ad aliquam conditionem datus sit tutor in testamento. §. 2. & 5. Denique qui vel removentur à tutela, vel qui ex justa causa se etiam post susceptam tutelam excusant. §. 6. Quibus nihil ultra superiùs dicta addendum occurrit.

302. Restat nunc agendum de actione, quæ convenit ratione Tutelæ sive Pupillo, sive Tutori. Quæ pupillo convenit, vocatur *Directa* & est actio personalis, bonæ fidei adversus Tutorem, ut administrationis suæ rationes reddat, & quidquid adhuc ex pupilli bonis retinet. *l. 9. C. Arbitrium tutelæ.* ibi. *Tutorem quondam, ut tam rationem, quàm si quid reliquorum nomine debet, reddat, apud prætorem convenire potes.* & l. 7. *Quidquid Tutoris dolo, vel latâ culpâ aut levi, seu curatoris minoris amiserint, vel cùm possent, non quæsierint, hoc in tutelæ seu negotiorum gestorum utile Iudicium venire non est incerti juris.* Et hic est casus specialis, in quo quis tenetur de levi culpa etiam quando ipsius res & negotium, hoc est de commodo illius non agitur: in aliis enim hujusmodi, ut in Deposito, tantùm de lata culpa tenetur. Vnus tamen casus excipitur, quo tutor de levi culpa non tenetur, & habetur. *L. 2. eod.* [Nomina Paternorum debitorum, si idonea fuerint initio susceptæ tutelæ, & per latam culpam tutoris minùs idonea tempore tutelæ esse cæperunt, Iudex qui super ea re datus fuerit, dispiciet, & si palàm dolo tutoris, vel manifestâ negligentiâ cessatum est, tutelæ Iudicio damnum, quod ex cessatione accidisset, pupillo præstandum esse, statuere curabit.] Sensus est. Si tutor negligens fuerit in rationibus exigendis à debitoribus pupilli, & illi interim desierint esse solvendo, tunc solùm de lata culpa tenetur.

Si tutor rem minoris sine decreto Iudicis (ubi id requiritur) vendidit vili pretio, & pupillus adultus factus venditionem alioquin nullam ratam habet, potest nihilominus justum pretium cum usuris venditæ possessionis actione tutelæ consequi. L. 6. eodem. *Cùm interdictæ venditionis vitium etiam pretii fraude tutor vester cumulâsse proponatur, non dubitabit præses Provinciæ, quando venditionem confirmare voluistis residuum pretium cum usuris venditæ à tutore possessionis celeriter vobis restitui jubere.*

303. Si ex pecunia minoris sibi tutor aut curator prædium comparaverit, erit in arbitrio pupilli prædium sibi vindicare, vel pecuniam repetere unà cum legitimis usuris. *L. 3. eod.*

Hæc actio tutelæ etsi Iure communi non nisi finitâ tutelâ institui potuerit, post Constitutionem tamen Caroli V. & Rudolphi II. suprà allegatam singulis annis (nisi ab hac lege alicubi consuetudine recessum sit) ratio tutelæ reddenda est, & tunc huic actioni locus erit. De cætero aliæ actiones intra tempus tutelæ contra tutorem locum habere possunt, ut actiò furti, damni injuriâ dati, &c.

304. QUÆRITUR 1. Quomodo, si plures tutores fuerunt, conveniendi sint. Quæstionem hanc præ omnibus accuratè resolvens Hunnius ità distinguit. Vel inter tutores divisa est administratio, vel non: si est divisa, vel est divisa à testatore, aut à Iudice, vel tutorum conventione inter se. Si divisa est à Iudice, non potest quivis in solidum conveniri, non enim suâ, sed alterius voluntate divisus fuit, & hæc obedientia non debet ei præjudicium creare: sed quisque pro rata parte suæ administrationis conveniri debet. *L. 51. ff. de administ. tut.* ubi in fine redditur optima ratio. *Quantum enim facit in totum denegata* (administratio) *tantum valet, si in ea re, de qua agitur, denegata sit.* Si verò divisa est per conventionem tutorum, potest quivis in solidum conveniri, quia suo pacto nec pupillo, nec creditoribus nocere debent: perinde ergo est, acsi quivis eorum reus esset.

305. Quodsi autem administratio non fuit divisa, tunc, (ut breviùs dicatur, quod Hunnius prolixissimè prosequitur) datur minori electio contra quem agat, ità, ut ei contra quem agit, actiones cedat contra contutores: quodsi ex illis unus solus gesserit, primò ille conveniendus est: quodsi hic non est solvendo, deinde cæteri conveniri poterunt. *L. 6. C. Arbitr. tutelæ.* ibi. [Tutores, qui gesserint, sive eorum hæredes, ob ea negotia quæ per eos administrata sunt,

 princi-

principali loco conveniri debere: cæteris ob culpæ rationem non servati detrimenti periculo substitutis, vel si pariter administrâsse doceantur, etiam adversus unum liberum experiendi arbitrium competet: ità ut actiones, quas adversus alios habetis, ad electum transferantur.] De Jure Bavarico si unus contutorum negligentiam contutoris non correxit, sed dissimulavit, non guadet beneficio excussionis, ut scilicet administrator priùs conveniatur. Si plures fuerunt contutores quàm duo, hoc jure validum est, quod à majore parte gestum est, sin duo tantùm fuerint, unus absque altero nil agit validè. *Tit. 5. a. 8.*

306. Præter dictam & explicatam actionem Tutelæ, datur contra Tutores alia actio directa de rationibus tutelæ distrahendis, id est, de Controversia illarum rerum, quæ per tutorem subtrahuntur à rationibus redditis, & intercipiuntur, vel interciperentur, nisi peterentur à pupillis vel minoribus tanquam ablatæ. Hæc actio datur in duplum rei ablatæ, cui simplum tanquam pœna inest. Eâ intentatâ tutelæ actio quoad speciem istam cessat, non item cessat actio furti, si fortè tutor rem pupilli furtivè contrectet. *L. 1. §. 21. ff. de tut. & rat. distrahendis actione.* ibi. [In tutela ex una obligatione duas esse actiones constat: & ideo sive tutelæ fuerit actum, de rationibus distrahendis agi non potest, sive contra tutelæ actio quoad speciem istam perempta est.] De hac actione, sicut de aliis pœnalibus dicendum est, eam in hæredes non dari, nisi lite priùs cum tutore contestatâ. Ad hæredes verò Minoris transit, & est perpetua.

307. Tutelæ itaque judicio etiam hæredes tenentur, quia agitur ex quasi contractu. de levi tamen culpa hæredes non tenentur, sed tantùm de dolo & culpa lata, ut jam suprà notatum est, & habetur *L. 1. C. de hæredib. tut. vel curat. Hæredes Tutoris ob negligentiam, quæ non latæ culpæ comparari possit, condemnari non oportet: si non contra tutorem lis inchoata est, neque ex damno pupilli lucrum captatum.*

308. Quæstio admodum practica & utilis movetur ab Interpretibus in legem 2. Codicis de Iudiciis, utrum actio tutelæ semel intentata ac finita, ob species priùs omissas repeti possit. In casu. Pupillus, finitâ tutelâ, generaliter agebat contra tutorem actione tutelæ, ut redderet rationem suæ administrationis: in qua actione multæ species continentur implicatæ. Verùm in prosecutione causæ cùm pupillus cæpisset exprimere nominatim species de quibus vellet reddi rationem, ut vinum, pecuniam, &c. omisit autem frumentum, Tutor ad illam generalem petitionem est absolutus, & sententia transiit in rem judicatam. Postmodum pupillo venit in mentem, quòd non fecisset mentionem frumenti, quare denuo eundem tutorem apud eundem Iudicem convenit actione tutelæ, & in specie petiit reddi rationem de frumento. Tutor excepit de re judicata, eò quòd generaliter absolutus fuerit. Quæsitum est, an exceptioni locus esset. Respondit Imperator in d. lege 2. his verbis. *Licèt Iudice accepto cum tutore tuo egisti, ipso jure actio tutelæ sublata non est, & ideo si rursus eundem Iudicem petieris, contra utilem exceptionem rei judicatæ, si de specie, de qua agis, in judicio priore tractatum non esse allegas, non inutiliter replicatione doli mali uteris.*

DICENDUM ergo, exceptionem illam replicatione doli mali summoveri & elidi, adeoque adhuc locum esse actioni tutelæ. Ratio hujus rei est, quòd sententia generalis restringatur ad ea, quæ in specie & expressè in Iudicium deducta sunt, quia Iudex censetur semper de his rebus judicare quas cognoverit. *L. de qua re. ff. de Iudiciis.* cujusmodi casus habetur etiam in *L. 20. & 21. ff.* de exceptione rei judicatæ. [Si cùm argentum mihi testamento legatum esset, egerim cum hærede, & postea Codicillis prolatis, vestem quoque mihi legatam esse appareat, non est deducta in superius judicium vestis causa, quia neque litigatores, neque Iudex de alio, quàm de argento actum intelligant.] Itaque in hujusmodi Iudicis per verba generalia conceptis magìs; attendenda est mens & intentio Iudicis, quàm generalitas verborum, ut notat Udalricus Zasius *in l. 2. cit.*

309. Objici tamen potest 1. casus qui habetur *in L. 4. C. de Iudiciis.* his verbis. [Si cum tibi pretium prædiorum à curatoribus comparatorum reputaretur, & instrumenta emptionis traderentur, quæstionem omissæ evictionis non movisti: intelligis semel finitam litem instaurari non posse.] ℞. Negando paritatem. Nam in actione tutelæ omissa sunt ea, quæ æquè erant principalia, & per se proponibilia, in casu autem legis 4. evictio est quid merè accessorium, & de his verum est, quòd non possint de novo in judicium deduci semel omissa: hujusmodi sunt fructus, litis expensæ, pœna, &c. ut benè observavit Petrus Gilkenius in d. l. 4.

310. Objici potest 2. Transactio æquiparatur sententiæ. atqui transactio generalis omnia comprehendit: ergo & sententia generalis. ℞. Distinguendo minorem. Transactio generalis, in qua tam propositio, quàm prosecutio semper est generalis, conceditur, secùs negatur. Ratio est, quia tunc præsumitur consensus generalis in omnia, quæ terminis generalibus comprehenduntur, non item, quando in prosecutione causæ certæ species in judicium deducuntur, ut fit in casu nostro.

311. Objici posset. 3. Latâ sententiâ exspirat officium judicis: ergo non potest idem Judex denuo adiri actione tutelæ. ℞. Negando consequentiam. Quia antecedentis sensus est verus, si de eadem re sermo sit, nempe quòd Iudex non possit super eadem re iterum sententiam

tiam ferre, nam per priorem sententiam officio functus est, in nostro autem casu posse eundem Iudicem adiri, super specie omissa, nimis clarè ponitur in lege. 2. citata.

312. Competit denique pupillo Actio ex stipulatu, ut constat ex toto tit. ff. Rem pupilli salvam fore. Eâdem actione non solùm ipsi tutores, sed etiam fidejussores ex tempore moræ à tutore factæ in restituendo, de fructibus, & usuris conveniri possunt, quod est etiam speciale in materia hac, (nam alioquin fidejussor non tenetur ex mora principalis, ut suo loco dicetur,) & habetur *l.* 10. *ff. rem pupilli, &c.* ibi. [Si posteaquam pupillus ad pubertatem pervenerit, tutor in restituenda tutela aliquandiu moram fecerit, certum est, & fructuum nomine & usurarum medii temporis, tam fidejussores ejus, quàm ipsum teneri.]

De Actione subsidiaria jam suprà satis dictum est, cùm ageremus de dativa tutela. & hæ quidem sunt actiones, quæ pupillo, tùm adversus tutores, tum adversus eorum hæredes, & fidejussores, tum denique contra Magistratus (respectivè) dantur. Nunc actionem Tutoris videamus.

313. Datur ergo Tutori adversus Pupillum actio tutelæ contraria, quâ petit, ut sumptus in rem ejus factos, & quidquid ratione administrationis sibi abest, recuperet, ne officium præstitum sibi damnosum sit, quod manifestè æquitas postulat, & habetur *L. fin. C. de contrario judicio tutelæ.* ibi. [Quodsi sciens ampliùs in rem suam erogatum, agendum propterea tutelæ non putaverit, eum contrario judicio convenire potes.]

Hæc actio non solùm tutori, ejùsque hæredi, (ut patet ex l. cit.) sed etiam illi convenit, qui pro tutore negotia gessit, quia in locum tutoris constitutus est.

Jure Bavarico tenentur pupilli pro quantitate patrimonii, & pro quantitate laborum, tutori finitâ tutelâ honorarium dare, & nisi hoc fiat, per Magistratum tutori decernitur.

CONTROVERSIA IX.

De Curatoribus.

SUMMARIUM.

QVibus, & à quibus detur Curator. 314.
Minor Curatore carens potest res suas administrare. 317.
Quænam Actiones competant finitâ curatelâ. 318.
An Prodigus fiat inhabilis ad contrahendum, suáque bona administranda ipso Iure ante sententiam. 322.



QUæ hactenus de tutoribus dicta sunt, pleraque cum proportione debita etiam Curatoribus convenire, aliquoties insinuatum est, nunc quæ sunt propria illorum, breviter indicanda.

314. QUÆRITUR ergo 1. Quibus & à quibus detur Curator. *Ad hoc respondet Imperator Inst. hoc tit pr.* & §. 1. [Masculi quidem puberes, & fœminæ viripotentes usque ad vigesimum quintum annum completum curatores accipiunt, quia licèt puberes sint, adhuc tamen ejus ætatis sunt, ut sua negotia tueri non possint.]

315. §. 1. [Dantur autem curatores ab eisdem Magistratibus, à quibus & tutores. Sed Curator testamento non datur, datus tamen confirmatur decreto prætoris, vel præsidis. §. 2. Inviti adolescentes Curatores non accipiunt præterquam in litem.] Huic. §. ut concilietur *l.* 1. *§. ult. ff. de minorib.* 25. an. ubi dicitur, *administrationem rei suæ minoribus non debere committi, quamvis benè rem suam gerentibus*; intelligenda est de illis qui Curatorem semel receperunt, ut colligitur ex lege. 2. & 3. Iure Bavarico fiunt majorennes anno vigesimo primo completo L. R. tit. 5. a. 1.

316. Minor ergo Curatore carens potest res suas administrare, si tamen in contractu læsum se per imprudentiam probaverit, habet beneficium restitutionis in integrum, de quo copiosè dictum est tr. 1. Litem tamen instituere sine Curatore non permittitur minor, sed curatorem accipere compellitur. §. 3. *cit.*

317. QUÆRITUR 2. An ob solum defectum ætatis habeatur Curator. ℟. Negativè. [Nam furiosi quoque, & prodigi, licèt majores viginti quinque annis sint, tamen in curatione sunt agnatorum ex lege. XII. tabularum. Sed solent Romæ præfectus urbi, vel prætores, & in Provinciis præsides ex inquisitione eis curatores dare. Sed, & mente captis, & surdis, & mutis, & qui perpetuo morbo laborant, (quia rebus suis præesse non possunt) curatores dandi sunt.] §. 4. Ex his apparet, non soli ætati, sicut tutores, sed etiam ex aliis causis, majoribus 25. annis curatores dari.

318. QUÆRITUR 3. Quænam actiones competant, seu minori adversus Curatorem, seu Curatori adversus minorem, finitâ Curatelâ. ℟. Utilem actionem utramque directam tutelæ convenire etiam minori adversus Curatorem finitâ Curatione. *l.* 14. *C. de administrat. tut.* [Rationes curæ administratæ ante impletum vigesimum & quintum annum durante officio posci jure non posse manifestum est.]

319. Præterea potest Curator conveniri actione negotiorum gestorum. *l.* 5. §. 6. *ff. de Administr. tut.* ibi. [Si igitur cessent in his, quæ constituta sunt, faciendis, magìs puta sufficere negotiorum gestorum judicium.] *& l.* 4. §. 3.

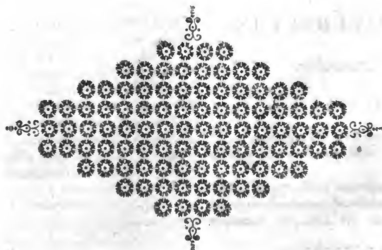
§. 3. *ff. de tutelæ, & rat. distrahend. actione. Cum furiosi curatore, non tutelæ sed negotiorum gestorum actio est, quæ competit etiam dum negotia gerit, quia non idem in hac actione, quod in tutelæ actione.* Est autem, ut ex verbis relatis colligitur, hoc discrimen, quòd actio utilis tutelæ non detur nisi finitâ curatelâ, actio verò negotiorum gestorum etiam durante Curatelâ. Rationem hujus discriminis benè notavit Hunnius Resol. th. 5. q. 21. quòd Iudicium Tutelæ, & Curatelæ semper est generale. *l. 33. ff. pro sociis.* Negotiorum gestorum interdum est generale, interdum speciale, sive unius negotii, aut paucorum, saltèm non omnium. Eo igitur casu, quo quis est curator omnium bonorum, cum eo agi non potest actione utili Curatelæ nomine eâ durante: sed si non est omnium bonorum, potest cum eo agi etiam durante curatione. & hæc spectato Iure communi. Nam de Iure novo observanda est Constitutio Imper. Caroli. V. & Rudolphi. II. sup. adducta.

320. Actione ex stipulatu statim agi potest contra curatorem, quamprimum aliquid pupillo salvum esse desiit. *l. 4. §. pen. ff. rem pup. salvam fore.* ibi. *hæc stipulatio statim atqui quid salvum esse desinit committitur.* & hoc dictum est de curatore.

321. Curatori datur Actio utilis Contraria, sicut de tutore dictum est, atque hæredibus, & in hæredes minoris, quæ omnia satis supérque constant ex dictis.

322. Solet hîc à Iure Consultis quæstio incidens moveri, an aliquis prodigus fiat inhabilis ad contrahendum suaque bona administranda, ipso Iure, ante omnem Iudicis sententiam. Communior longè sententia negat, cui se opponunt Hunnius, & Harprecht, post Fachineum & alios. Sed hæc quæstio resolvenda est juxta ea, quæ de legibus pœnalibus in tractatu de Legibus, & deinde in 1. tract. de Lege Aquilia, &c. dicta sunt. Illud concedi posset affirmanti sententiæ, in quam tandem etiam propendet Harprecht, sufficere sententiam declaratoriam prodigalitatis. Ego tamen non credo unquam hujusmodi sententiam ferri, nisi quando actu prodigo Curator constituitur. Itaque breviter, & verè quæstioni huic respondet Antonius Perez in tit. 70. Cod. n. 2. prodigos nullos haberi, nisi quibus decreto Prætoris interdicta est bonorum administratio. Interdictio enim facit, ut prodigi furiosis comparentur, non ipsa prodigalitas per se, cùm unicuique liberum sit bonis suis liberaliter uti. Neque debet aliquem movere, quòd in pluribus Iuris textibus legatur, prodigo interdici administrationem à lege. Non enim sensus est, quasi sine decreto prætoris interdictio accidat, sed quòd Lex Iudici, seu Magistratui præscripserit hanc facere. Ante factam igitur interdictionem alienationes & promissiones factæ, valent, secùs postea, ut satis claré habetur. *l. 10. ff. de curatorib. furioso dandis. Julianus scribit, eos quibus per Prætorem bonis interdictum est, nihil transferre posse ad aliquem, quia in bonis non habeant, cùm eis diminutio sit interdicta.*

323. Et sanè quis unquam audivit, fuisse aliquem contractum irritum declaratum, qui initus erat cum aliquo prodigalissimo ante omnem sententiam? Quodsi adversarii dicant, hoc inde esse, quòd non constiterit omnibus (hoc enim expresè requirunt) de illorum prodigalitate, ego pariter dicam, hoc signum esse, quòd non nisi rarissimè, imò moraliter vix unquam in magna communitate, aut Republica constare sufficienter possit de prodigalitate tanta, ob quam putant adversarii, jam illos incurrisse inhabilitatem: propter rarissimos autem hujusmodi casus non est ullo modo credibile, voluisse leges à prodigis illam inhabilitatem incurri, cùm leges non aptentur rarissimè contingentibus. Taceo alia inconvenientia, quæ sequerentur, si sententia adversariorum in praxin redigenda esset.



CAPUT

CAPUT V.

DE DOMINIO BONORUM UXORIS, UBI DE JURE DOTIUM PLENE AGITUR.

SUMMARIUM.

Varia sunt bona, quæ aliquo modo ad uxorem spectant, ut Dos, Paraphernalia, Donatio propter nuptias, Arrha, Donatio facta in remunerationem pudicitiæ, Nobilitatis, &c. Germanicè Morgengab. Sponsalitia Largitas: de quibus videndum est, an & quomodo eorum dominium Uxori, vel Marito competat. Priùs tamen rudi minervâ cujusvis natura & differentia describenda.

324. Dos est omne illud, quod nomine uxoris datur aut promittitur Marito ratione Matrimonii, ad onera illius sustinenda. Dos autem sine Matrimonio non intelligitur esse, quantumvis sit promissa, aut tradita; adeoque, logicè loquendo ejus denominatio completur à contractu Matrimonii non minùs, quàm denominatio Mariti, aut uxoris.

325. Dividitur 1. in Profectitiam, & Adventitiam. Profectitia est, quæ vel datur ab aliquo ascendente, ut patre, avo, vel intuitu patris ab extraneo. Adventitia est, quæ aliunde quàm ex bonis ascendentium constituitur, v. g. ex propriis bonis uxoris, vel ab extraneo non intuitu patris.

326. Dividitur 2. In Dotem æstimatam & non æstimatam. Æstimata dicitur, cujus valor certo pretio taxatur. Hæc æstimatio aliquando efficit venditionem emptionem, hoc est Maritus tenetur ad reddendum tantum pretium soluto Matrimonio, quanti dos æstimata est, non verò ad rem ipsam, perinde acsi rem illam emisset. Aliquando verò solùm æstimatur in hunc finem, ut constet de valore dotis, v. g. fundi dotalis, ut si fortè ex culpa Mariti deperderetur, pretium certum repeti posset. Hinc à contrario constat quid sit dos non æstimata, nempe cujus valor æstimatus non est, seu taxatus. Iura huc facientia dabuntur in progressu.

327. Paraphernalia, quasi *juxta*, seu *præter dotem*, sunt illa bona, quæ uxor jam dotata præter dotem habet, v. g. quæ donatione, aut jure hæreditario, &c. acquirit.

328. Donatio propter nuptias (quæ etiam Contrados dicitur) est illa, quæ fieri solet à Marito, vel alio ejus nomine ad dotem assecurandam; & ideo regulariter solet, ac debet esse æqualis doti, & si Dos crescat durante Matrimonio, etiam Contrados crescere debet, nisi consuetudo aliud obtineat. Habetur Novella. 97. c. 1. initio. ibi. [Hoc igitur ante alia universa corrigimus, æqualia in dotibus esse, & propter nuptias donationibus, & ea, quæ offeruntur, & ea, quæ in stipulationem deducuntur pacta.] & c. 2. habetur, quòd constante Matrimonio

monio augeri possit dos, dum tamen tantundem augeatur donatio propter nuptias.

329. Arrha jure communi est illud, quod sponsi mutuò sibi tradunt in signum, & pignus Matrimonii futuri. *L. Arrhis. C. de sponsalib.* Dixi. *Iure communi.* Nam Iure Hispanico, aut Lusitanico significant Arrhæ id, quod apud Germanos Morgengab. ut constat ex P. Molina disp. 431. Covarr. Sanchez apud Laym. l. 3. tr. 4. c. 13. n. 11. Itaque

330. Donatio facta in remunerationem pudicitiæ, &c. seu Morgengab, describitur à Jo. Francisco Balthasar *pract. Resol. Iuris Civil. & Bavar. tit. 2.* Est donatio, quam in catena, vel torque, aut alia simili pretiosa re, vel certa pecuniæ summa, novus Maritus in novam conjugem, manè post primam condormitionem propter summum pudicitiæ & honoris thesaurum, quem nova conjunx Marito suo concredidit, confert. Quâ descriptione supponi videtur, Morgengebam non nisi in bonis mobilibus constitui posse, quod videtur pugnare cum Iure Bavarico, juxta quod potest Morgengeba in Feudo constitui cum consensu domini proprietaris: imò in feudo hæreditario etiam sine consensu domini, & agnatorum constitui, ac dari potest. Magìs placet descriptio Arnoldi Rath. *th. 7. de potiss. Iuris Rom. & Bavar. differentiis*, quòd sit Matutinale donum quod Maritus altero nuptiarum die pro pudicitiæ, & (Iure Bavarico) Virginitatis thesauro novæ nuptæ elargitur. Hanc Morgengebam vocat Schneidewein in rubr. *de success. inter virum, & uxor.* n. 41. sponsalitiam largitatem; verùm strictiùs loquendo ab invicem distinguuntur. Itaque Sponsalitia Largitas est donatio inter Sponsos facta, contemplatione futuri Matrimonii. Vocari etiam solet Dotalitium, seu mundus muliebris. Hæc donatio Iure antiquo erat absoluta, nullam involvens conditionem, sed hodie habet annexam tacitam conditionem nuptiarum secuturarum, quæ si non sequantur, irrita est donatio, & revocatur.

CONTROVERSIA I.

Penes quem sit dominium rerum Dotalium.

331. DIcendum est 1. Dominium Dotis æstimatæ æstimatione faciente venditionem, est penes maritum. Ratio est manifesta. quia perinde est acsi maritus illa bona emisset: ergo factâ traditione dominium rei emptæ, licèt nondum solutæ, consecutus est. Habetur *l. 5. C. de Jure dot.* [Quoties res æstimatæ in dotem dantur, maritus dominium consecutus summæ, velut pretii debitor efficitur. Si itaque non convenit, ut soluto matrimonio restituerentur, & jure æstimatæ sunt, retinebit eas, si pecuniam tibi offerat. & l. 10. cod. Cùm dotem te æstimatam accepisse profitearis, apparet, jure communi per pactum, quod doti insertum est, formato contractu ex empto actionem esse: quis enim dubitet, æstimationem à re muiieri deberi; cum periculo tuo res deteriores fiant, vel augmenta lucro tuo recipiantur. Hinc

Infertur 1. Rerum ità traditarum commodum & incommodum ad maritum spectare, ut in l. 10. dicitur, & soluto matrimonio maritum non ad res acceptas, sed solùm ad pretium reddendum teneri; quodsi res ipsas offerret, possunt quidem illæ, vel quoad partem vel quoad totum ab uxore aut ejus hæredibus accipi, sed si nolit, & malit pretium, hoc solvendum erit. Item si maritus aliquam hujusmodi rem, v. g. torquem aureum, legaret uxori, eo tradito, non propterea pars dotis soluta esset, sed illius torquis pretium nihilominus deberetur.

332. Infertur 2. Translationem dominii tunc primùm compleri, si matrimonium secutum est, aut præcessit. Ratio ex dictis redditur Dos enim completur in ratione dotis per ipsum matrimonium: ergo traditione ante matrimonium factâ, nondum transfertur dominium, quia est conditionata. & si ante matrimonium periret, non mariti, sed uxoris damnum esset. habetur l. 10. §. 4. *Si ante matrimonium æstimatæ res dotales sunt, hæc æstimatio quasi sub conditione est, namque hanc habet conditionem:* si matrimonium fuerit secutum: *secutis igitur nuptiis æstimatio rerum perficitur, & fit vera venditio.* id est absoluta.

333. QUÆRITUR 1. Si dubium est, utrum æstimatio facta sit animo vendendi, vel sine hoc, quid sit præsumendum. Respondent communiter, præsumi venditionem. Ego autem existimo præsumendum esse id, quod in tali loco communiter & frequentiùs fit. talis enim animus præsumitur in personis particularibus, qualem communiter solent habere, qui talem contractum celebrant.

334. QUÆRITUR 2. Si æstimatio fuit iniqua, sed non ultra dimidium justi pretii, an reducenda sit ad æquitatem. Ratio dubitandi est, quia generaliter in contractu Venditionis emptionis requiritur læsio ultra dimidium justi pretii. Respondendum tamen est affirmativè, & hoc specialiter in favorem dotium introductum est. *l. 6. §. 2.* [Si in dote danda circumventus sit alteruter, etiam majori annis viginti quinque succurrendum est, quia bono & æquo non convenit, aut lucrari aliquem cum damno alterius, aut damnum sentire per alterius lucrum.

335. QUÆRITUR 3. An non obstante hac venditione, nihilominus hęc bona specialiter adhuc obligata sint uxori. ℞. Affirmativè, nempe pro casu, quo, quando restituenda dos

dos est, non exstant alia bona, seu pretium dotis in bonis mariti. tunc enim dominium revertitur ad uxorem, non secùs acsi nunquam vendita fuissent. potéstque uxor ea vindicare exclusis quibuscunque creditoribus. habetur l. 30. C. eod. [In rebus dotalibus, sive mobilibus sive immobilibus seu se moventibus (si tamen exstant) sive æstimatæ sive inæstimatæ sint, mulierem in iis vindicandis omnem habere post dissolutum matrimonium prærogativam jubemus: & neminem creditorum mariti, qui anteriores sunt, posse sibi potiorem causam in iis per hypothecam vindicare. &c.] *Volumus itaque eam in rem actionem quasi in ejusmodi rebus propriis habere, &c.*

336. DICENDUM 2. Maritus habet dominium saltem civile dotis inæstimatæ, vel æstimatæ quidem, sed non æstimatione faciente venditionem. Ità certa sententia. Habetur *Inst. pr. quibus alienare licet vel non. Accidit aliquando, ut qui dominus rei sit, alienare non possit, &c. Nam dotale prædium maritus invitâ muliere per legem Juliam prohibetur alienare.* Probatur etiam inde, quòd illi competat rei vindicatio.. *L. doce ancillam, 9. C de Rei vind. Doce ancillam, de qua supplicas, dotalem fuisse in notione præsidis, quo patefacto, dubium non erit, vindicari ab uxore tua nequivisse.*

Dixi: *saltèm civile.* Illud autem vocant Legistæ Dominium civile, (ad differentiam dominii naturalis, quod non ex Iure communi & naturali, sed singulari, & ex legis auctoritate ac fictione quadam competit quoad certos effectus expressos, ut tradit Arnoldus Rath *de Rei Vindic. th. 13. n. 13.* hoc supposito

337. Gravis est controversia, an ad Maritum non solùm dominium civile sed etiam naturale transeat, (secundùm limitationem sequentis Concl.) vel an potiùs dominium naturale maneat penes uxorem. Aliqui post Bartolum & Baldum tribuunt naturale dominium Marito. Communis tamen Theologorum æquè ac Iuristarum sententia Marito tantùm dominium civile, Uxori verò dominium naturale tribuit. Ità S. Thomas in 4. dist. 34. q. 4. ad 1. P. Molina. Rebellus de Contractu dotali, q. 1. n. 17. Zasius, *Intellectuum singularium lib. 2. c. 5.* Zæsius *de Jure dotium.* Corvinus *in Enchirid. eod. tit.* Hieronymus de Cævallos *spec. Op. com. contra Com. q. 3. à n. 49.* Fundamentum hujus sententiæ desumitur ex lege *in rebus C. de Jure dotium, paulò ante cit.* ubi Imperator disertè dicit, res dotales ab initio uxoris fuisse, & naturaliter in ejus permansisse dominio. *Non enim* (addit) *quod legum subtilitate transitus earum in patrimonium mariti videatur fieri, ideo rei veritas deleta vel confusa est.*

338. Respondent adversarii, intelligendum esse *secundùm quid.* nempe quòd soluto matrimonio dotem vindicare possit. Hæc tamen responsio vim infert textui: si enim Imperator hoc solum voluisset, non debuisset dicere, dominium mansisse penes uxorem, sed dicere debuisset, soluto matrimonio redire; alioquin reddidisset pro ratione quod erat ipsi probandum, & idem per idem probâsset, ut legenti facilè patet. imò dicere debuisset Imperator, penes uxorem mansisse civile dominium, hoc est, à Iure fingi mansisse ad hoc ut haberet rei vindicationem.

Dicet aliquis, illâ lege nimium probari: probaretur enim, etiam dotis æstimatæ æstimatione faciente venditionē, dominiū manere penes uxorem, quod tamen omnes negant. Ob hanc rationē glossa existimat in hac lege non esse sermonem de dote æstimata æstimatione faciente venditionem, sed de illa quæ non facit venditionem. Verùm quia Imperator ibi nullam hujusmodi distinctionem facit, ideo communiter & meritò DD. supponunt, omnem dotem æstimatam ibi comprehendi, ità expresè Zæsius & P. Molina. d. 426. & meritò, quia hæc sola dicitur simpliciter dos æstimata in specie, ut patet etiam ex l. 10. statim citanda. Quo supposito respondeo, Imperatorem in posterioribus verbis quibus de dominio locutus est, non esse locutum, nisi de illa dote de cujus dominio dubitari poterat, penes quem esset, an penes uxorem, an penes maritum. hujusmodi autem dos non est, quæ fuit æstimata ut venderetur, ut ex se clarum est, & in legibus Digestorum pro prima conclusione allatis jam erat explicatum.

339. Infertur 1. Cum Arnoldo Rath, etiam constante Matrimonio Uxori utilem vindicationem adversus extraneum accommodari, neque obstare legem *Doce ancillam*, quam paulò superiùs recitavi, quia ibi sermo est de casu concurrentis, adeoque præferendi mariti.

340. Infertur 2. Periculum rerum inæstimatarum absque culpa mariti, sicut & incrementum pertinere ad uxorem ratione dominii naturalis, sicut dotis æstimatæ ad maritum. & habetur expressè l. 10. ff. eod. [Plerumque interest viri, res non esse æstimatas, idcirco ne periculum rerum ad eum pertineat, &c. quoties igitur non æstimatæ res in dotem dantur, & meliores & deteriores mulieri fiunt. Si prædiis inæstimatis aliquid accessit, hoc ad compendium mulieris pertinet, si aliquid decessit, mulieris damnum est.]

341. Infertur 3. Quamvis Maritus ex culpa in administratione commissa teneatur uxori reparare damnum, non tenetur tamen ex culpa levissima: quia contractus in utriusque utilitatem tendit, de quibus contractibus regula generalis est, non obligare nisi ad culpam levem præstandam, ut suo loco dicetur.

342. DICENDUM 3. Si tradantur in dotem res consistentes in numero, pondere & mensura, sed sine æstimatione faciente venditionem, tunc earum rerum dominium naturale transfertur etiam in maritum, instar rei mutuò datæ;

datæ. habetur satis clarè l. 42. ff. h. t. *Res in dotem datæ, quæ pondere, numero, mensurà constant, mariti periculo sunt, quia in hoc dantur, ut eas maritus ad arbitrium suum distrahat, & quandoque soluto matrimonio ejusdem generis & qualitatis alias restituat.*

343. DICENDUM 4. Constante matrimonio fructus dotis percepti ad maritum, si onera matrimonii sustineat, etiamsi excedant illa onera, pertinent. *L. un. §. cumque exstipulatu. C. de rei uxoriæ actione.* ibi. [Fœtus autem jumentorum, omniáque quæ fructuum nomine continentur, ad lucrum mariti pertineant pro tempore matrimonii, sive æstimata, sive non æstimata sint.] *l. 10. ff. de Iure Dot. si servi sobolem ediderint, Mariti lucrum non est.* (quia homo non est inter fructus) *sed fœtus dotalium pecorum ad Maritum pertinent, quia in fructibus computantur. Sic tamen ut suppleri proportionem priùs oporteat, & summissis aliis in locum demortuorum capitum ex agnatis, residuum in fructibus Maritus habeat, quia fructus dotis ad eum pertinent. l. 7. §. 10. ff. soluto matrim. In servi quoque anni ratio habetur si in annum fortè operæ ejus locatæ sint, ut præteriti temporis ad Maritum, post divortium autem ad mulierem, operæ pertineant.* & §. 11. *De pensionibus quoque prædiorum urbanorum idem est, quod in fructibus rusticorum.* Itaque non tantùm fructus naturales, sed etiam civiles ad Maritum spectant, ut notavit Hieronym. Arnold. Rath. th. 51.

344. Quæ verò fructuum nomine non veniunt, ad uxorem pertinent. hujusmodi sunt partus ancillæ non æstimatæ (de qua jam dictum) item, Thesaurus in fundo dotali inventus. *l. 7. §. 12. ff. sol. matrim.* ubi dicitur: *in fructum enim* (thesaurus) *non computabitur, sed pars ejus dimidia restituetur quasi in alieno inventi.* Ex quo textu etiam efficaciter probari potest, dominium naturale manere penes uxorem, quod etiam observavit Ant. Perez. Item nomine fructuum non veniunt Lapidicinæ, si cæso marmore lapis non renascatur. §. 13. *eod. Quia nec in fructu est marmor, nisi tale sit, ut lapis ibi renascatur, quales sunt in Gallia.*

CONTROVERSIA II.

Penes quem sit Dominium Paraphernalium, Contradotis, & Sponsalitiæ largitatis.

SUMMARIUM.

Bona Paraphernalia sunt in dominio uxoris pleno Iure, nisi instar dotis tradantur. 345.

Contradotis dominium manet penes Maritum, saltèm naturale: dubium est de civili an competat uxori. 346.

Si consistat in rebus immobilibus, quomodo possit eas alienare Maritus. 347.

Quid sit hodie Doarium. 348.

Sponsalitiæ largitatis dominium est penes uxorem. 349.

Inest semper conditio. Si Matrimonium sequatur. 351.

Item subest conditio. Nisi sponsa promissione dotis decepisset. 353.

Morgengeba spectat ad donationem inter Maritum & Vxorem. 354.

345. DICENDUM 1. Bona Paraphernalia sunt in dominio vxoris pleno jure, nisi ità tradantur, ut instar dotis mariti fiant. *L. 9. §. ff. de Iure dot.* [Cæterùm si res dentur in ea quæ Græci *Parapherna* dicunt, quæque Galli Peculium appellant, videamus an statim efficiantur mariti, & putem, si sic dentur, ut fiant, effici mariti: & cùm distractum fuerit matrimonium, non vindicari oportet, sed condici, nec dotis actione peti, &c.] Quodsi uxor tradat hujusmodi bona marito, prout omnino conveniens est, non tamen ut ipsius fiant, habet maritus solùm Ius administrandi revocabile ad libitum ab uxore. Si verò ità tradantur, ut ipsius fiant civiliter, sequuntur naturam dotis, hoc excepto, quòd fructus illorum non lucretur maritus, quamvis eos possit in suam & uxoris utilitatem (non tamen suam solam) vel ad causas ad quas uxor voluerit, expendere. *L. fin. C. de Pactis conventis.* ubi accuratè omnia comprehenduntur. [Si mulier marito sua nomina, id est fœneratitias cautiones quæ extra dotem sunt, dederit, ut loco Paraphernarum apud maritũ maneant, & hoc dotali instrumento fuerit adscriptum, utrumne habeat aliquas ex his actiones maritus, sive directas, sive utiles, an penes uxorem omnes remaneant, & in quem eventum dandæ sint marito actiones, quærebatur. Sancimus itaque si quid tale evenerit, actiones quidem omnimodo apud uxorem manere, licentiam autem marito dari easdem actiones movere apud competentes Iudices, nullâ ratihabitione ab eo exigendâ, & usuras quidem eorum circa se & uxorem dependere: pecunias autem sortis quas exegerit, servare mulieri, vel in causas, in quas ipsa voluerit, distribuere. Et siquidem in dotali instrumento hypothecæ pro his nominatim à marito scriptæ sunt, his esse mulierem ad cautelam suam contentam. Sin autem minimè hoc scriptum inveniatur, ex præsenti nostra lege habeat hypothecam contra res mariti, ex quo pecunias ille exegit, antè enim habet ipsa mulier facultatem (si voluerit) sive per maritum sive per alias personas easdem movere actiones, & suas pecunias percipere, & ipsas cautiones à marito recipere, securitate ei competente faciendâ. Dum autem apud maritum remanent eædem cautiones, & dolum, & diligentiam maritus circa eas præstate debet, qualem & circa suas

res habere invenitur: ne ex ejus malignitate, vel desidia aliqua mulieri accedat jactura: quod si evenerit, ipse eam de proprio resarcire compellitur.]

346. DICENDUM 2. Donationis propter nuptias, seu Contradotis dominium naturale manet penes maritum, sicut diximus dominium naturale dotis manere penes uxorem, sed cum hoc discrimine, quòd fructus sint etiam mariti. Probatur. Quia nullum prorsus fundamentum apparens est, quare dominium naturale transeat ad uxorem: quin imò major esset ratio, cur dominium dotis transiret ad maritum. Nam finis illius Contradotis est assecuratio dotis, cui fini plenè satisfit sine translatione dominii naturalis in uxorem.

An verò penes uxorem sit dominium saltèm civile, ità ut ei rei vindicatio competat, vel solam habeat hypothecariam actionem, problematicè defendit Arnoldus Rath *th. 19. de Rei Vindic.* Imprimis enim actio hypothecaria videtur sufficere, conceditur quippe amplissima uxori contra omnes possessores. *Auth. Permissa est. C. de donat. ante nupt. Permissa est & in rem actio pro tali donatione mulieri adversus omnes possessores.* Econtra competere uxori Rei vindicationē, clarissimè habetur Novellâ *61. Vt immobilia antenuptialis donat.* ubi statuitur, ut immobilia antenuptialis donationis neque hypothecæ dentur, neque omnino alienentur à viro, nec consentiente uxore, nisi postea satisfieri possit uxori, & ratio redditur his verbis (quibus supponitur convenire rei Vindicatio) [ut mulier eveniente forsitan lucro quod ei confert antenuptialis donatio, difficultatem patiatur, non inveniens rem in viri substantia, cùm sit alienata aliis aut supposita, ut potentibus fortè personis. quatenus illi propter hujusmodi causas aut sit omnibus modis inadibilis vindicatio, aut difficilis, &c.] & ut habet Schneidewein, marito vergente ad inopiam etiam constante Matrimonio uxor à Creditoribus mariti vendicare potest donationem propter nuptias. *L. 29. & Auth. seq. C. de Iure dot.* [Donationem quoque propter nuptias in hoc casu constante Matrimonio vindicare potest.] Imò ut Arnoldus Rath acutè notavit, Justinianus Imperator *tit. Instit. de donat.* §. *est & aliud genus.* hoc planè supponit, cùm ibi agat de modo acquirendi Iure civili per donationes, inter quas numerat donationem propter nuptias.

347. Si donatio propter nuptias consistat in rebus immobilibus, non potest maritus eas alienare, ne quidem consentiente uxore, nisi transacto biennio iterum consentiat, sintque aliæ res mariti, ex quibus mulieri succurri possit, si in dotalibus læderetur. Novellâ 61. jam antè citatâ.

348. Hæc donatio hodie videtur esse id, quod Pragmatici vocant *Doarium.* Est autem Doarium pars bonorum mariti assignata ex consuetudine vel conventione mulieri, ut pro dote eam habeat obligatam, & post mortem mariti lucretur, aut proprietatem eorundem, aut usumfructum. Sæpè etiam Opifices pro Contradote aliud non constituunt, quàm artem suam & peritiam, quam tanti æstimant, ut æquivaleat doti.

349. DICENDUM 3. Sponsalitiæ largitatis cum conditione secuturi Matrimonii factæ secuto Matrimonio dominium pleno jure est apud uxorem, neque restitui debet soluto Matrimonio, sicut debet donatio propter nuptias. Probatur. Quia hæc donatio nullibi est irritata, & est liberalis: ergo conditione impletâ transit in absolutam.

350. Observandum autem hîc est 1. Sponsalitiam largitatem olim idem fuisse, quod donatio propter nuptias, & hæc vocabatur Donatio *ante nuptias*, quod emendavit Justinianus tum in Codice *Nov. cit.* tum in Inst. *de donat.* §. *cit.* & voluit vocari donationem propter nuptias. & sic jam distinguitur & re & nomine à Sponsalitia largitate, quam suprà descripsimus.

351. Observandum 2. Hodie, correcto antiquo jure, constitutum est, ut omnibus hujusmodi donationibus insit tacita conditio, *si Matrimonium sequatur.* Quia verò Matrimonium potest ex variis causis post celebrata sponsalia non sequi, ideo cum certis exceptionibus audiendus est Imperator Constantinus in lege 15. & 16. *C. donat. ante nupt.* [Cùm veterum sententia displiceat, quæ donationes in Sponsam, nuptiis quoque non secutis decrevit valere, ea quæ largiendi animo inter Sponsos & Sponsas Iure celebrantur, redigi ad hujusmodi conditiones jubemus, ut sive affinitatis coëundæ causâ, sive non ità, vel in potestate patris degentes, vel ullo modo proprii juris constituti tanquam futuri causâ Matrimonii aliquid sibi ipsi, vel consensu parentum mutuò largiantur, siquidem Sponsus, vel parentes ejus sortiri filium noluerint uxorem, id quod ab eo donatum fuerit, nec repetatur traditum, & si quid apud donatorem resedit, ad Sponsam & hæredes ejus submotis ambagibus transferatur. Quodsi Sponsa, vel is, in cujus agit potestate, causam non contrahendi Matrimonii præbuerit, tunc Sponso ejúsque hæredibus sine aliqua diminutione per conditionem, aut per utilem actionem in rem redhibeantur. Quæ similiter observari oportet, si ex parte Sponsæ in Sponsum donatio facta sit.]

352. [Si à Sponso (L. 16.) rebus Sponsæ donatis, interveniente osculo ante nuptias, hunc, vel illam mori contingat, dimidiam partem rerum donatarum ad superstitem pertinere præcipimus, dimidiam ad defuncti, vel defunctæ hæredes, cujuslibet gradûs sint, & quocunque jure successerint, ut donatio stare pro parte dimidia, & resolvi pro parte dimidia videatur. Osculo verò non interveniente, sive Sponsus, sive Sponsa obierit, totam infirmari donationem, & donatori

tori Sponso vel hæredibus ejus restitui. Quodsi Sponsa, interveniente vel non interveniente osculo, donationis titulo (quod rarò accidit) fuerit aliquid Sponso largita, & ante nuptias hunc, vel illam mori contigerit, omni donatione infirmatâ, ad donatricem Sponsam, sive ejus successores, donatarum rerum dominium transferatur.]

353. Sed adhuc alia conditio subest tacitè illi donationi, nempe: nisi Sponsa promissione amplioris dotis, quàm quæ deinde data est, Sponsum deceperit, & ad tales donationes induxerit. *L. 3. C. eod.* [Pollicitatione à fratre quondam tuo sponsalium causâ factâ, etsi in stipulationem deducta sit, ideo præstanda non fuit, quoniam in dote uxor maritum fefellit: exceptionem itaque doli adversus actionem ex stipulatione rectè objicies.]

Verùm ijs, quæ paulò antè in l. 15. & 16. dicta sunt, obstare videtur lex 4. eod. tit. ubi dicitur. *Quod Sponsæ eâ lege donatur, ut tunc dominium ejus adipiscatur, cùm nuptiæ fuerint secutæ: sine effectu est.* Atqui hæc est donatio conditionalis: ergo talis donatio non valet. Respondendum tamen est, sermonem hîc esse de donatione, quæ fit non per modum sponsalitiæ largitatis, sed quæ fit in tempus inhabile, hoc est, in tempus, quo donationes non valent, nempe post Matrimonium, quia donans vult donâsse tanquam maritus, & non tanquam Sponsus. In effectu autem est hoc discrimen, quòd sponsalitia largitas licèt sit conditionata, est tamen pro tempore præsenti præcedente Matrimonium, ad quod deinde retrotrahitur secuto Matrimonio, ut omnes fructus & emolumenta ad Sponsam spectent, quod non est in casu legis 4.

354. Restaret hîc agendum de Dono matutinali seu Morgengeba, sed cùm ea fiat post contractum Matrimonium, adeoque sit donatio inter virum & uxorem, spectat ad Tractatum *de Donationibus.*

CONTROVERSIA III.

Ad quem pertineant Arrhæ: & an sponsalibus adjici possint pœnæ.

SUMMARIUM.

355. Arrha est, quæ in continenti traditur à promittentibus hac lege adjectâ, ut si dans Arrham sine justa causa resiliat, eam amittat, & alter eam lucretur, si verò resiliat accipiens Arrham, teneatur eam restituere, & tantundem in æquivalenti. *L. 2. C. de Sponsal.* [Arrhis sponsaliorum nomine datis, si interea Sponsus, vel Sponsa decesserit, quæ data sunt, jubemus restitui, nisi causam, ut nuptiæ non celebrarentur, defuncta persona jam præbuit.] *& L. 5.* [Mulier Iuris sui constituta Arrharum sponsalium nomine usque ad duplum teneatur, id est, in id, quod accepit, & aliud tantundem, nec ampliùs, si post completum vicesimum quintum annum, vel post impetratam veniam ætatis hujusmodi Arrhas susceperit. In simplum autem, id est, tantummodo in id, quod accepit, si minoris ætatis est.] Nempe quia restituitur in integrum. Quænam sint justæ causæ resiliendi, docetur in materia de Sponsalibus.

356. QUÆRITUR 1. An Arrhæ possint constitui in quavis quantitate, etiam majore, quàm dos sit. ℞. Affirmativè ex communiore sententia, licèt id fieri non soleat. Colligitur ex adducta lege. 5. ubi limitatur, ut in restitutione non possit imponi obligatio ultra quadruplum: ipsi tamen Arrhæ constituendæ nulla quantitas præscribitur.

357. QUÆRITUR 2. An Arrha possit constitui in specie, v. g. in fundo, vel in pecunia numerata. ℞. Posse constitui in utrolibet, ex communiore sententia: quia nullâ lege prohibetur, & Arrha reddi potest, ejúsque duplum, triplum, &c. in æstimatione.

358. QUÆRITUR 3. An possint Arrhæ constitui mutuæ vicissim, seu utrinque. ℞. Affirmativè. Neque hoc est supervacaneum, nam qui resilit, amittit datam, & acceptam restituere tenetur, quod securius est, quàm si nullam dedisset, sed tantùm accepisset.

359. QUÆRITUR 4. Quid agendum cum Arrha, quando contractus Matrimonii completus est. ℞. Arrham esse restituendam illi, qui eam dedit. Ratio est, quia est instar pignoris, & nisi reddenda esset, non tam esset Arrha, quàm donatio, nec haberet rationem motivam ad implendum potiùs, quàm non implendum contractum.

360. QUÆRITUR 5. Quid faciendum de Arrha non secuto Matrimonio, si id justè non impletur? ℞. Tunc eam non amitti, sed esse restituendam suo Domino, ut habetur in legibus paulò antè adductis, & ratio est, quia Arrha

Arrha datur ad hoc, ut promissum servetur in quantùm servandi obligatio est: cessante ergo obligatione cessat ratio amittendi Arrham.

361. QUÆRITUR 6. An resiliens sine justa causa, non solùm teneatur ad Arrhæ restitutionem, & æquivalens, vel si non accepit, ad Arrhæ amissionem, sed etiam possit pactum apponi, ut is qui Arrham accepit, & injustè resilit, teneatur reddere triplum, aut quadruplum. ℞. Affirmativè ex ead. lege fin. cit. ità tamen ut in triplo, vel quadruplo includatur Arrha accepta. Et in tali pacto pejor utique est conditio accipientis. Excipe minorennem, ut jam sup. dictum, ob beneficium Restitutionis. Et hæc de prima parte præsentis Controv. ex qua nascitur altera. Itaque

Secunda pars Controversiæ propositæ est, utrum contrahentes Sponsalia possint adjicere Pœnam, v. g. pecuniariam, sub qua se obligent ad implenda sponsalia.

362. Notandum est 1. Posse promissionem nuptiarum sub pœna dupliciter fieri: primò si quis nolit se absolutè, & determinatè obligare in conscientia ad contrahendum Matrimonium, sed cum disjunctione, vel ad solvendam tantam pœnam, vel ad contrahendum Matrimonium, ità ut electio sit penes ipsum, etiam in conscientia. Talis promissio non haberet vim sponsalium, quia sponsalia debent in conscientia obligare determinatè ad Matrimonium cotrahendum. Secundò itaque potest fieri promissio, quâ quis se obligat in conscientia ad contrahendum Matrimonium, insuper obligat se ad solvendam tantam pœnam, v. g. 50. fl. si per ipsum steterit, quominus impleretur contractus.

363. Notandum 2. Posse quem resilire à sponsalibus vel justè, vel injustè. Et quidem si justè resiliat, conveniunt omnes DD. non teneri resilientem ad solutionem pœnæ, nec posse ad solutionem ab ullo Iudice compelli: hoc enim ad minus probat *cap. Gemma. de sponsalib.*

364. Celeberrima controversia est tam inter Theologos, quàm inter Iuristas, præsertim Canonistas, an injustè resiliens obligetur ad pœnã adjectam, adeoque pactum valeat, vel potiùs an tale pactum de pœna sit planè nullum, & invalidũ. Utraque pars habet graves auctores. & priorem quidem amplectitur Basilius Pontius. *lib.* 12. *c.* 19. *n.* 8. asserens esse quasi certam. Item Diana p. 3. tr. 4. Resol. 211. Castro Palao. p 9. & valde inclinat Conink, & Layman. de quibus tamen immeritò dicit Joannes Bossius c. 11. n. 419. eos mordicùs tenere, & tanquam certam supponere. hoc falsum est: nam solùm ut probabilem admittunt. Eandem tenet P. Martinus Perez. tr. de Matrim. Posteriorem partem tradunt cæteri ferè omnes tam Theologi, quàm Iuristæ, quos sequitur Dicastillo. Quapropter negari non potest, hanc opinionem esse securam, & posse Iudicem secundùm illam procedere, imò, & Confessarium posse pœnitentem absolvere, qui talem pœnam non vult solvere, & sponsalia jam per subsequens Matrimonium cum alia contractum evertit. Affirmàtque P. Aversa praxin pro hac sententia stare. Nihilominus re diu consideratâ, & speculativè loquendo magis propendeo in priorem sententiam. Nam posterior sententia nititur Iuris textibus, qui non convincunt. Ergo cùm omnes fateantur, Iure naturæ tale pactum non esse irritum, nihil est, quo probetur talis pacti nullitas.

365. Accedit ratio validissima, cui necdum video satisfactum ab Auctoribus secundæ sententiæ, quamvis mirum in modum se torqueant in ea dissolvenda. Vidimus paulò antè, posse tradi Arrhas, hac lege, ut si tradens injustè resiliat, eas perdat, is verò qui accipit, si injustè resiliat, teneatur in duplum; vel etiam quadruplum. In hoc pacto infringitur argumentum unicum adversariorum, quatenus putant, per adjectionem pœnæ impediri libertatem Matrimoniorum.

366. Respondent aliqui primò, discrimen esse: quia pœna faciliùs promittitur, cùm verbo tantùm promittatur solvenda in futurum. Arrhæ verò maturiore consilio traduntur, cùm statim ipso facto tradantur. Hæc tamen ratio non satisfacit, tum quia dare Arrham non est usque adeo difficile, cùm detur solùm instar pignoris, & reddenda sit servanti fidem: tum quia ille qui accepit Arrham cum pacto reddendi quadruplum, adhuc nihil dedit, sed potiùs accepit, & fortè ideo pronior ad contrahendum fuit, & consequenter periculum est, ne sibi de facili vinculum injiciat non resiliendi, sicque non minùs tollat libertatem, quàm per adjectionem pœnæ. Quin planè excessus ille nihil omnino differre videtur à pœna. Tum denique quia Imperator Leo inf. adducendus, ex hac ipsa ratione probat, pœnarum pactum debere valere. Nov. 18.

367. Respondent alii 2. Discrimen esse, quòd Arrhæ soleant communiter in minore quantitate tradi.

Sed contra 1. Quia, ut vidimus, possunt tradi in quantavis quantitate. Secundò, quia Adversarii nolunt posse pœnam adjici etiam in parva quantitate. Tertiò ex hoc etiam capite potiùs debere pœnæ pactum valere, etiam monet Imp. Leo. ut videbimus.

368. Respondent alii 3. Discrimen esse, quia Arrha datur in signum, & ad securitatem rei gestæ, pœna verò non pro securitate, sed ut contrahentes astringantur ad nuptias. Ità Valascus: *Consult.* 2. *n.* 1. & Barbosa in *cap. Gemma. de sponsal.* Verùm hæc responsio tota consistit in elegantibus verbis, quæ videntur diversum quid significare, cùm tamen ad præsentem scopum idem planè significent. Quòd enim Arrhæ dentur ad securitatem futuri Matrimonii,

 quid

quid quæso aliud est, quàm quòd astringant ad Matrimonium: In quo enim alioquin consistit ista securitas, quàm in hoc, quòd alter impellatur vehementer ad standum promissis, ne Arrham perdat? hæc certè mihi sunt satis evidentia.

369. Videamus nunc de Iuribus. Ex Iure Civili afferunt legem fin. C. de sponsalib. ubi in fine dicitur. *Extra definitionem autem hujus legis, si cautio pœnam stipulationis continens fuerit interposita: ex utrâque parte nullas vires habebit, cùm in contrahendis nuptiis libera potestas esse debeat.* Ad hoc tamen respondetur cum glossa, sensum esse, quòd pœna ultra quadruplum Arrhæ (de quo immediatè priùs sermo erat) non valeat, & addit glossa, hoc ità intelligendum, ne Imperator sibi ipsi, & quidem intra pauca verba contradicat, cùm quadtuplum habeat rationem pœnæ. Et hic sensus mihi planissimus visus est propter illa verba: *Extra definitionem autem hujus legis*: antequam glossam legerem.

370. Adducunt deinde legem. 134. *ff. de V. Ob.* quæ tamen, si attentè legatur, nihil ad rem facere videtur: dicit enim hujusmodi pœnam à parentibus adjectam, ignorantibus liberis, non tenere, quia liberis debet esse libertas Matrimonii, hoc est, non debet illis aliunde injici quædam necessitas, in quam ipsi non consenserint. Lex ità habet. [Titia, quæ ex alio filium habebat, in Matrimonium coit Gajo Sejo habenti filiam: & tempore Matrimonii consenserunt, ut filia Gaij Seij filio Titiæ desponderetur, & interpositum est instrumentum, & adjecta pœna, si quis eorum nuptiis impedimento fuisset. Postea Gajus Sejus constante Matrimonio diem suum obijt, & filia ejus noluit nubere. quæro, an Gaij Seij hæredes teneantur ex stipulatione: respondit, ex stipulatione, quæ proponeretur, cùm non secundùm bonos mores interposita sit, agenti exceptionem doli mali obstaturam: quia inhonestum visum est, vinculo pœnæ Matrimonia obstringi, sive futura, sive jam contracta.] Responsionem à me datam invenio in Notis Gothofredi, ubi sic ait. Hinc nota, consponsiones parentum non tenuisse liberos non adstipulantes. *l. 11. ff. de sponsal. l. 2. ff. de ritu nupt.* hinc illud Pamphili *in Andria. act. 1. scenà. 5. Proh Deum atque hominum fidem, quid est, si non hæc contumelia est. Vxorem decrevit sese dare mihi hodie, nonne oportuit præscisse me ante? nonne priùs communicatum oportuit?* Vides, hoc solùm pro absurdo reputari, me sub pœna obligari ad Matrimonium, qui nunquam in pœnam, aut Matrimonium consensi.

371. Deinde his legibus oppono Novellam. 18. Imperatoris Leonis, qui elegantissimè Arrharum adjectionem cum pacto pœnæ comparans, ità statuit, ac discurrit. [Idcirco, quòd consuetudini placuit, ut in sponsaliorum reprobationibus pœnæ imminerent iis, qui reprobare instituerent, id in legis auctoritatem collocamus. Arbitror enim id quod consuetudini visum est, eà lege, quæ de hujusmodi rebus lata est, nihil improbabilius esse: ac res ipsas referre in melius. Nam cùm lex Arrhæ perditione, aut in duplum restitutione, solùm temeritatem puniat, hæc definitum pactóque constitutum in sponsaliorum rescissione subiri damnum vult. Ac sanè, ne (ut fieri assolet) sponsalia sursum deorsum ferantur, hoc mihi (quemadmodum dixi) majorem obtinere vim videtur. Solius enim Arrhæ perditio, quæ in eum qui dedit, ac deinde sponsalibus non acquiescit, constituta est ejúsque in duplum restitutio, quam mulctam is, qui Arrham cæpit, deindéque in pacto convento non persistit, sustinet, ut propter pœnæ levitatem ad pactorum rescissionem, qui id facere cogitant, faciliùs ferantur, facit. At ex pacto definitæ pœnæ gravius damnum sibi obvenire videns inconstans ille, tardior omnino ad divellenda sponsalia fiet. Quod sanè nos etiam nuptialibus contractibus magìs conducibile fore animadvertentes, quod ex consuetudine fieri solet, in legitimam constitutionem traducimus. Ex Arrhæ siquidem perditione faciles sponsaliorum eversiones video, ex pœnæ persolutione non item. Nam gravius dispendium (pacto enim constituta pœna Arrhá major prorsus atque gravior est) vel invitum inhibens, animi inconstantiam acquiescere illis, quæ antea de sponsalibus placuerunt, compellet. Sic igitur, quod à consuetudine confirmatum est, quemadmodum hactenus ità deinceps obtineto, & causas dijudicato: tum etiam qui sponsalia evertit, pœnæ exactione feritor.] Hæc est lex novissima, & clara, &, ut ipse Imperator insinuat, si anteriores leges oppositum voluerunt, earum est abrogatoria. Scio Novellas Leonis Imper: non habere legis auctoritatem in Imperio Occidentali, in quantum sunt derogatoriæ Iuris Rom: sed nego hanc esse derogatoriam.

372. Denique fundant se adversarii potissimùm in c. *Gemma* 29. *de Sponsalib.* ubi refertur talis facti species. Parentes desponsârunt adjectâ pœnâ puellam necdum septem annorum alteri. Puella ad pubertatem veniens cum alio quodam Matrimonium contraxit. prior Sponsus pœnam exegit. Relata res est ad Pontificem Greg. IX. respondit in hæc verba. *Cùm libera Matrimonia esse debeant, & ideo talis stipulatio propter pœnæ interpositionem sit meritò improbanda, mandamus, quatenus, si est ità, eundem, ut ab extorsione prædictæ pœnæ desistat, Ecclesiasticâ Censurâ compellas.* Unde sic argumentantur. Ratio quam reddit Pontifex, est universalis, pro omnibus resilientibus, etiam injustè. nam & illorum libertas impediretur: ergo semper illicita, & inhonesta est talis pœnæ adjectio.

373. R. Hoc capitulum habere eandem solutionem cum *L. Titiâ.* Loquitur enim de resilien-

filientibus illis, qui nunquam propriâ & liberâ voluntate in sponsalia, aut Matrimonium, nedum in pœnam, consenserunt. Talis fuit illa puella, cui advenien te usu rationis & pubertate fas fuit resilire.

374. Urget tamen P. Aversa, non posse hunc sensum esse capituli, quia sic frustra disponeret, quod ipso naturæ ordine satis clarum est. Profectò mirabile esset, si in Iure Canonico nihil disponeretur, quod est Iuris naturæ, & doctis quidem clarum est, non autem indoctis, qui Pontifici proponunt. Imò ex ipsis Pontificis verbis apparet, quòd Pontifex nihil de novo statuat quoad nullitatem pacti, sed supponat, Iure naturæ esse nullum: dicit enim: *Cum libera Matrimonia esse debeant.* (nunquid hoc est Iuris naturæ) *& ideo talis stipulatio propter pœnæ interpositionem sit meritò improbanda.* Ecce! supponit ex illo antecedente, sequi, contractum esse iniquum.

375. Confirmatur responsio. Libertas matrimonii duplex consideranda est, una est, quâ liberum est contrahere vel non contrahere; ità ut neutrum membrum contradictionis sit sub obligatione, & hæc est libertas naturaliter & moraliter seu civiliter loquendo. alia est, quâ quidem physicè adhuc liberum est contrahere, sed tamen contrahere est sub obligatione, ut fit, si sponsalia præcesserunt, & non datur justa causa resiliendi: vel econtra est sub obligatione non contrahere, v. g. si quis habeat simplex votum castitatis aut religionis &c. hujusmodi, loquendo civiliter & Juridicè, potiùs dicuntur esse necessaria quàm libera, nam quæ sunt inhonesta, civiliter dicuntur esse impossibilia.

376. Pontifices itaque & Canones nullâ ratione volunt favere libertati secundi generis, quin potiùs pœnis Ecclesiasticis compellunt ad contrahendum matrimonium: sic qui juramento matrimonium promisit, cogitur ad illud implendum, *c. ex litteris sylviani de sponsalib.* Unde etiamsi contrahentes nullam pœnam adjiciant sponsalibus, per sponsalia jam sibi injecerunt necessitatem contrahendi matrimonium, nisi velint graviter peccare. Sicut ergo laudabile est, imò necessarium, ut tales gravissimis pœnis compellantur contrahere, neque talis metus dicitur officere libertati, cui jam sponte præjudicârunt, ità non officiet libertati metus pœnæ solvendæ, sed potiùs compellet ad servandam justitiam, & solvendum debitum, vitandúmque peccatum. quomodo ergo credibile est, quòd Pontifex velit favere libertati in tali casu, cùm hoc aliud non esset, quàm favere peccato? Ergo libertas cui favent Canones & Jura Cæsarea, est libertas primi generis: ergo tunc solùm non erit obligatio solvendi pœnam ex pacto, quando ipsa sponsalia desinunt obligare, hoc est, quando est justa causa resiliendi.

CONTROVERSIA IV.

Quisnam teneatur constituere Dotem vel Donationem propter nuptias.

SUMMARIUM.

Constituere dotem tenetur ex propriis bonis pater legitimus. 377.
An teneretur, si filia aliunde dives esset. 378.
Prolem illegitimam non tenetur dotare ultra alimenta.
Nec tenetur dotare, si filia turpiter vivat. 381.
Nec illam, quæ invito patre ante 25. an. indigno nubit. 382.
Nec prolem ingratam. 383.
Patre non habente, nec filiâ, an mater teneatur dotare. 384.
Deficiente patre tenetur avus paternus. eod.
An deficiente patre teneatur primò Mater, an Avus. 386.
In horum defectum, & solùm in subsidium tenetur frater ex eodem patre. 389.

377 DICENDUM 1. Si exstet pater legitimus, ille tenetur, & quidem ex propriis bonis. estque obligatio gravis, nisi rationabilis causa saltèm ab acceleratione excuset, quales frequenter adsunt. Ratio est, quia ad officium patris spectat gubernare filiam: ergo volenti rationabiliter nubere, tenetur de marito prospicere, & consequenter dotare, & si nolit, potest à Judice sub pœna arbitraria ad hoc compelli. Habentur hæc *l. 19. ff. de Ritu Nupt.* [Qui liberos quos habent in potestate, injuriâ prohibuerint ducere uxores, vel nubere, vel qui dotem date non volunt, ex constitutione Divorum Severi & Antonini per proconsules, præsidésque provinciæ coguntur in matrimonium collocare, & dotare. Prohibere autem videtur, & qui conditionem non quærit.] Idem esse dicendum de filia emancipata, probabitur infra Concl. 3.

378. Dubium tamen est, an etiam deberet pater dotare, si filia aliunde dives esset. Negant probabiliter post Bartolum, Alciatus, Fachinæus *lib. 10. c. 38.* & Castro Palao *d. 9. p. 5. §. 1.* Ratio eorum est, quia diviti non tenetur pater præbere ex propriis alimenta, atqui alimentorum est major obligatio quàm dotis: ergo nec ad dotem obligabitur. Quodsi illis objicias, quòd etiam diviti debeatur legitima: ergo hæc debebit constitui pro dote: respondent, legitimam non deberi ante mortem: unde etiam non diviti non debetur statim tota legitima pro dote, nisi pater commodè possit, ut tradit P. Molina *d. 424.*

379. Probabilius tamen mihi videtur, quòd nihil referat, divésne sit filia aut filius necne. Ità sentiunt Costanus, Constantius Rogerius, Everhardus, quos refert & sequitur Hieronymus

nymus Rath. th. 15. Perez, & Rebellus, & Castro Palao ait, esse in praxi observandum. Eandem tenent Andr. Gail. Mynsinger C. 5. *obser.* 32. *n.* 2. *Hunnius vol.* 2. *d.* 7. *th.* 2. *q.* 10. Hoc sanè satis clarè supponitur in *l.* 7. *C. de dotis promissione.* supponitur inquam adesse debitum dandi dotem etiam aliunde bona habenti, ut legenti patet, & summa illius hæc est. Pater simpliciter dotando filiam habentem propria bona, si non expressit, de quo patrimonio, an filiæ, an patris, præsumitur dotâsse de propriis bonis ipsius patris: si verò expressit quòd dotabat de proprio patrimonio & filiæ, tunc si est solvendo, intelligitur dotâsse de proprio, si verò non est solvendo, intelligitur dotâsse de patrimonio filiæ. *Ità Vivianus.* Ratio est, quia ad quærendum meliorem maritum expedit habere pinguiorem dotem: ergo expedit deberi legitimam pro dote, non obstantibus propriis bonis.

380. Excipitur à Conclusione & regula generali primò, proles illegitima, spuria aut naturalis. quam pater non tenetur dotare ultra alimenta ad quæ jure Canonico tenetur, imò Iure naturali. Ratio exceptionis est, quia nullam illi legitimam debet. dos autem substituitur legitimæ & in eam computatur, ut habetur *l.* 129. *C. de inoff. test.* & alibi dicetur. Scribit tamen Andreas Gail *l.* 2. *c.* 88. *n.* 7. in Iudicio Imperii supremo conclusum, ut pater filiam ex damnato coitu natam modicè dotet.

381. Excipitur 2. Filia turpem & meretritiam vitam vivens. Ratio desumitur ex eo, quòd talis possit exhæredari. *l.* 19. *C. eod.* cui autem legitima adimi potest, etiam dos potest, quæ legitimæ subrogatur. de quo iterum alibi, & ideo leges non refero.

382. Excipitur 3. Quæ inscio & invito patre ante 25. annum ætatis indigno marito nubit. *l* 3. §. 5. *ff. de bonor. possess. contra tab.* ibi. *cum possit avus jure suo uti eumque exhæredare.* Iure tamen Canonico consensus parentum non requiritur ad valorem matrimonii, ut in Trid. definitum est. Imò, Constitutione Carolinâ in Comitiis august. anno 48. promulgatâ *tit. de Sacram. Matrim.* versu: *Virum autem in hoc casu parentes, &c.* non datur simpliciter parentibus potestas filias ità contrahentes exhæredandi, aut earum dotem diminuendi, sed id magistratûs arbitrio relinquitur. Statutis denique Bavaricis cautum est, ut tales non teneantur parentes dotare dum vivunt, eas autem omnino exhæredare non possint, nisi turpi vel infami nupserint.

383. Excipitur 4. Proles ingrata erga patrem. arg Novellæ 22. c. 27. circa finem. *per ingratitudinem hujusmodi obnoxii constituti qualem leges quærunt: tales namque etiam hac utilitate privamus, &c.* Uno verbo, causa sufficiens ad exhæredandum, est sufficiens ad non dotandum.

384. DICENDUM 2. Patre non habente unde possit dotare, & accedente causâ urgente, v. g. quia est periculum incontinentiæ, & filia non habet propria bona, tenetur Mater dotare. arg. l. 14. C. de Iure dot. [Neque mater pro filia dotem dare cogitur, nisi ex magna & probabili causa, vel lege specialiter expressâ: neque pater de bonis uxoris suæ invita ullam dandi habet facultatem.]

DICENDUM 3. Deficiente patre tenetur avus paternus dotare neptem. *l.* 6. *ff. de Collatione bonor.* ibi. [& quia pater filiæ, ideo avus propter filium nepti dotem dare debet. quodsi filius à patre exhæredatus est, existimo, non absurdè etiam in exhæredato filio idem posse defendi, nec infavorabilis sententia est, ut hoc saltèm habeat ex paternis, quod propter illum datum est.] (nepti.) Quodsi filius non esset emancipatus, & tamen dives, non teneri avum dotare neptem nisi ex bonis filii, tradit Palao: quamvis contrarium teneat Perez *de dot. promiss.* Zœsius *n.* 14. Rebellus *q.* 4. *n.* 23. Ratio est: nam licèt obligatio hæc sit ex persona filii patris neptis, tamen quia principaliter procedit ex patria potestate, indistinctè tenet avum. & est textus in *l.* 5. §. 8. *ff. de jure dot.* [Si filius familias mutuatus creditorem delegavit, ut daret pro filia dotem, vel etiam ipse accepit, & dedit, videri dotem ab avo profectam Neratius ait, hactenus quatenus avus esset dotaturus neptem suam: id enim in rem avi videri versum.]

385. Confirmatur in l. 19. cit. ff. de ritu nuptiarum, generaliter & indistinctè dicitur, qui liberos in potestate habent, eos cogi in matrimonium collocare, & dotare. atqui nomine liberorum veniunt omnes descendentes, ut sup. declaratum est. Ergo. Et in hoc est notabile discrimen inter avum & patrem, quòd hic filiam etiam emancipatam debeat dotare. Nam licèt Iure veteri inspecto hoc quoque de patre negandum esset, ut patet ex verbis legis 19. *ff. de ritu nupt.* suprà relatis, & aliis juribus, nihilominus ex nova Iustiniani constitutione, quæ exstat *l. fin. C. de dotis promiss.* & est una ex novis Iustiniani Constitutionibus, dos filiæ emancipatæ non minùs atque in sacris paternis existenti danda est à patre: ibi enim dicitur: *utrumne videretur pater ex ipso debito dotis, &c. dedisse.* Deinde concludit, quòd pater in dubio præsumatur dotem filiæ etiam emancipatæ de suo dedisse, ex hoc fundamento, quòd sit officium patris, dotare filias: quæ omnia jam suprà adducta sunt.

386. Dubium est, utrum deficiente patre teneatur primò Mater, vel Avus paternus dotare Neptem si pater & neptis inops sit, Mater autem locuples. Matrem primò obligat Castro Palao *d.* 9. *p.* 5. §. 2. *n.* 4. citans Fachineum *lib.* 10. *c.* 40. sed Fachineus comparat Avum cum Patre, non cum Matre. Verior est sententia obligans avum primo loco. Ità plerique Iuristæ, quos refert & sequitur *Rebellus.* 9. 4. *n.* 24. Ratio est, quia Mater simpliciter & per se loquendo non tenetur

netur dotare filiam, quia non habet unquam in sua potestate, & tantùm per accidens in defectum, & ex aliis causis tenetur. Avus autem tenetur in defectum patris, ut jam dictum est.

387. Objicit Palao. Neptem divitem non tenetur dotare avus: atqui Neptis habens matrem divitem dives censetur propter jus ad legitimam: ergo, &c. Verùm falsam esse majorem paulò antè diximus & probavimus. Nihilominus probat eam Palao.

388. Major est obligatio alendi, quàm dotandi, nam illa est juris naturalis, hæc positivi: sed avus non tenetur alere neptem divitem: ergo nec dotare. Imprimis ad majorem responderi posset, etiam dotationem esse juris naturalis. sed transmissâ majore & minore, negatur consequentia, quæ est similis huic. Major est obligatio conservandi vitam comedendo, quàm tuendi honorem: sed homo satur non tenetur comedere ad conservandam vitam, ergo nec tueri honorem. Itaque obligatio alimentorum præbendorum supponit pro causa necessitatem & indigentiam, quâ sublatâ cessat obligatio. ergo si neptis non est egens, non est obligatio alendi. at verò obligatio dotandi supponit pro causa acquisitionem melioris & ditioris mariti, quæ non cessat, etiamsi neptis habeat propria bona, & sit dives, potest enim fieri ditior accessione bonorum avi. Huc facit (ut benè urget Hunnius) regula Iuris *C. de legib.* quòd ea, quæ in favorem & commodum alicujus sunt introducta, ea non debeant in odium & detrimentum ejus detorqueri: atqui ad commodum filiæ pertinent ea, quæ mater aut aliæ personæ reliquerunt filiæ: ergo, &c. atqui detorquerentur, si propter isthæc bona filiæ dos non daretur: ergo est danda.

389. DICENDUM 4. In defectum eorum de quibus jam dictum est, & in subsidium solùm si soror non habeat propria bona, tenetur frater ex eodem patre natus sororem dotare. Ità communis DD. ad quam probandam allegat Rebellus legem *cùm plures. §. fin. ff. de administ. & periculo tutor.* ex Rebello descripsit Palao, sed quia in illo §. nihil habetur ad rem nostram, ideo Palao dixit, hanc sententiam nullo Iure, sed solâ auctoritate efficaciter probari. Verùm legendus erat §. penultimus, quem utique volebat citare Rebellus loco finalis §. ubi hæc habentur. *Sed non dabit dotem sorori alio à patre natæ, etiamsi aliter ea nubere non potuit.* unde formatur argumentum. Exceptio firmat regulam in contrarium: ergo dum excipitur soror uterina, soror consanguinea erit dotanda fratri ex obligatione, uterina verò tantùm ex liberalitate, ut ibidem habetur. Hinc à fortiori colligitur, consanguineum obligari ad alendam sororem inopem, benè enim valet argumentum ab obligatione dotandi (per se loquendo) ad obligationem alendi, licèt non econtra, ut patet in filio, qui tenetur alere matrem inopem, non tamen tenetur dotare, ut tradunt Rebellus, Barbosa, Palao, Hunnius.

390. Quo modo obligabantur prædicti ad dotandum, eo modo obligantur eorum hæredes, ex regula generali, quia sicut in jura, ità & in obligationes succedunt. Quod intelligendum est, si jam illi de præsenti habuerunt obligationem; non si habituri fuissent, si diutiùs supervixissent.

Contra hactenus positas Conclusiones, & imprimis quidem contra id, quod dictum est, patrem teneri dotare filiam etiam divitem

391. Objicies 1. Cessante ratione æquitatis, quæ suadet filias dotari, cessat quoque æquitas & vis legis filiam dotare jubentis: atqui in filia divite cessat æquitas & ratio legis, quæ hæc est, ut possint honestioribus nubere maritis. Ergo cessat obligatio. Jam suprà negavi minorem: faciliùs enim utique acquiret maritum, si præter dotem afferat paraphernalia.

Objicies 2. Pater non tenetur alere filiam divitem. Ergo nec dotare. Negatur consequentia. disparitas jam suprà data est in avo, quæ huc etiam quadrat.

392. Objicies 3. Contra id, quod dictum est, filiam illegitimam non esse dotandam ex obligatione. Pater tenetur filiæ spuriæ providere de necessariis, ut habetur. *C. cùm haberet de eo qui duxit in Matr.* atqui dos est necessaria. ergo. R. Majorem esse intelligendam de simpliciter necessariis, non de necessariis ex accidenti, quòd nolit filia esse continens. Alia quæ objiciuntur, sunt jam superiùs dissoluta, nec repetenda.

CONTROVERSIA V.

Qualiter pro dote fidejussores dari, vel exigi possint.

SUMMARIUM.

Maritus potest exigere fidejussores de dote promissa. 393.
An fæmina possit pro dote fidejubere. eod.
Vxor non potest, per se loquendo, à Marito exigere fidejussores de dote conservanda. 394.
Extraneus tamen dans dotem posset exigere. 395.

393. DICENDUM 1. Maritus potest exigere fidejussores de dote promissa solvenda, & hos potest uxor aut pater offerre. *l. 55. ff. de Iure dot. Cùm dotis causâ aliquid expromittitur, fidejussor eo nomine datus tenetur.*

QUÆRES, an etiam fæmina possit pro dote fidejubere. Ratio dubitandi est propter S. C. Vellejani beneficium, quo fæmina se tueri posset. Nihilominus respondetur affirmativè, & est casus disertè exceptus in leg. fin. C. ad S. C. Vell. [Generaliter sancimus, ut si quis major

major 25. annis, sive masculus, sive fæmina dotem pollicitus sit, vel spoponderit, pro qualibet muliere cum qua Matrimonium licitum est, compellatur suam confessionem adimplere, neque enim ferendum est, &c. Cùm enim scimus favore dotium, & antiquos juris conditores severitatem legis sæpiùs mollire, meritò & nos ad hujusmodi venimus sanctionem. Nam si spontanea voluntate ab initio liberalitatem suam ostendit, necesse est eum, vel eam suis promissionibus satisfacere, ut quod ab initio spontè scriptum, aut in pollicitationem deductum est, hoc ab invitis postea compleatur, omni auctoritate Vellejani S. C. in hac causa cessante.]

394. DICENDUM 2. Uxor per se loquendo, non potest à Marito, constante Matrimonio, vel ante fidejussores exigere de dote conservanda, & soluto Matrimonio restituenda. *l. 2. C. Ne fidejussores dotium dentur. Generali definitione constitutionem pristinam ampliantes sancimus nullam esse satisdationem, vel mandatum pro dote exigendum, vel à Marito, vel à patre ejus, vel ab omnibus, qui dotem suscipiunt.* Imò communissima Theologorum, & Juristarum sententia contra Duarenum, Cynum, Cunnanum, & Baldum apud Palao tenet, etiamsi sponte fidejussores adhiberentur, illam fidejussionem fore nullam, quod Fachineus. *lib. 8. c. 76.* benè colligit ex verbis Codicis Theodosiani unde lex cit. desumpta est. Ratio, inquam, datur, quia non præcisè in favorem mariti, sed potiùs in favorem Matrimonii, & conservandæ fiduciæ, seu confidentiæ uxoris erga Maritum, prohibentur exigi fidejussores: turpe enim est, uxorem concredere suum corpus Marito, & in conservatione dotis plus fidere aliis, quàm Marito. Quæ est ratio Imperatoris in d. lege.

395. Ex hac ratione videtur legitimè inferri: I. quòd si extraneus aliquis pro muliere dotem det, possit à Marito fidejussorem dotis servandæ exigere, quia ratio allata cessat; non enim tunc est diffidentia in muliere, sed in extraneo.

Infertur 2. Soluto Matrimonio posse dari, & peti fidejussores de dote reddenda. *l. 7. ff. de Exceptionib.* ibi. *sic Mariti fidejussor post solutum Matrimonium datus in solidum dotis nomine condemnatur.* In hoc enim casu cessat iterum ratio legis, ut patet. Maritus tamen ultra quàm facere possit, non tenetur. *l. 12. & seq. ff. soluto matrim. Maritum in id quod facere potest, condemnari, exploratum est; sed hoc* (beneficium competentiæ scilicet) *hæredi non esse præstandum; quia tale beneficium personale est, & cum persona extinguitur.*

396. Dixi in Conclusione. *Per se loquendo.* Nam per accidens fieri posset, ut fidejussor exigendus esset, nempe si Maritus suâ culpâ vergeret ad paupertatem, esétque periculum prodigendæ dotis, nec postea reddendæ. arg. cap. *per vestras. de donationib. inter virum, & uxorem.* ibi. *ut quoniam H. ad inopiam vergere videbatur, dos illa non assignaretur eidem, nisi cautionem idoneam de ipsa non peritura præstaret.* & infrà. *mandamus quatenus dotem assignari faciatis eidem, sub ea quam potest cautione præstare.*

CONTROVERSIA VI.

An, & in quibus eventibus possit, constante adhuc Matrimonio, dos à Marito repeti.

SUMMARIUM.

Marito ex culpa ad inopiam vergente, potest dos repeti pro securiore administratione. 397.
An idem dicendum, si sine culpa ad inopiam vergat. 398.
Si Maritus fidejussores daret, teneretur uxor acceptare. 399.
Emendatis moribus esset illi restituenda. 400.
Non esset integrum, repetere dotem, si mulier novit prodigalitatem viri. 401.
Non potest mulier renuntiare privilegio revocandi dotem. 403.
Dotis profectitiæ repetitio constante Matrimonio, an competat uxori, an patri. 404.

397. DICENDUM 1. Si Maritus suâ culpâ ad inopiam vergat, & evidenter constet, facultates proprias Mariti non sufficere exactioni dotis, potest adhuc constante Matrimonio dos repeti ad hoc, ut ex securiore dotis administratione fructus capiantur, indeque onera Matrimonii sustententur. *l. 24. ff. soluto matrim.* ibi. *Et constat exinde dotis exactionem competere, ex quo evidentissimè apparuerit, Mariti facultates ad dotis exactionem non sufficere.* Clariùs habetur *Novellâ. 97. c. 6. pr. post med.* ibi. *Quia enim dedimus mulieribus electionem etiam constante Matrimonio, si malè res Maritus gubernet, & accipere eas, & gubernare, & secundum decentem modum, &c.*

398. Dubium tamen est, an sit etiam locus repetitioni, quando Maritus sine culpa, fortuito casu ad inopiam vergat. Multi affirmant, nixi lege 30. *C. de Jure dot. §. fin.* propter vocem *Infortunii*. Sed verior est sententia negans. Quia lex antè citata expressè loquitur de casu malæ administrationis. & lex 30. loquitur de casu quo maritus est minùs idoneus ad dotem administrandam. & infortunium potest etiam ex culpa contingere.

Ratio insuper est, quia si maritus cæteroquin est idoneus, cur quæso illi administratio adimeretur, & alteri traderetur? Illud tamen concederem, quòd non esset exspectandum, donec

nec maritus ad inopiam vergat, sed sufficeret, si appareret, virum malè usurum rebus dotalibus, v. g. quia proprias res suas ità prodigit, ut idem periculum immineat doti. Nam Novella 97. non videtur plus requirere.

399. Si tamen maritus vellet fidejussores dare, sicque idoneam cautionem præstare (prout hoc casu dari posse paulò superiùs dictum est) tametsi communis sententia Legistarum optionem det uxori, malitne repetere dotem, vel acceptare fidejussores, vel uti sequestro, Canonistæ tamen & Theologi, ut Panormitanus, Rebellus, Molina, Palao, imò & Baldus, & Lopez apud eosdem volunt, uxorem teneri acceptare fidejussoriam cautionem, quia in capitulo *per litteras*. sup. relato, non uxori, sed Iudici datur horum remediorum electio. Si ergo Judex cautionem eligeret, hæc acceptanda esset.

400. DICO 2. Si maritus, ablatâ dote ità mores emendaret, ut nullum ampliùs morale periculum esset malæ administrationis, tunc probabilius est, dotem esse restituendã. Ità post alios P. Molina *d. 429. ad finem*, & Palao *p. 13. n. 13.* contra Rebellum. Ratio est, quia cessante causâ debet cessare effectus. Nam Iure naturali competit dotis administratio marito: ergo si se æquè idoneum probat, ac alius est, vel saltèm qualis si fuisset, dos ablata non fuisset, non est cur non restituatur dos, quia hæc restitutio etiam conduceret ad maritalem affectum conciliandum, in quem finem, ut suprà vidimus, nolunt Iura à marito idoneo fidejussores exigi, quod tamen tolerabilius longè esset, quàm administrationem alteri committi.

Objicies: Actus perfectus & consummatus non revocatur ex eo, quòd cesset causa, ob quam inductus est. *C. factum legitimum. de R. J. in 6.* ℞. Negando actum esse consummatum, ità ut non sit conditionatus, seu ad tempus: & hoc ideo, quia fit contra naturæ ordinem. Sicut Professus qui ejicitur ex Religione, si se emendet, est restituendus.

401. DICO 3. Si statim à principio dotis traditæ constabat uxori de moribus mariti, & periculo proximo malæ administrationis, neque tamen curavit sibi consulere de securitate dotis, nec maritus postmodum novam causam dedit, non videtur esse uxori integrum repetere dotem, aut exigere fideiussores. Ità Salicetus, Gomez, Rebellus, Molina, Palao. Ratio est, quia leges indulgentes revocationem, & fidejussorum exactionem, aut sequestrum, semper procedunt in casu novæ causæ emergentis: quare nullâ novâ causâ emergente, & uxore sponte dotem huic periculo subjiciente, non tam culpa penes maritum est, quàm penes uxorem, quæ proinde legum illarum beneficio digna non est, quod ab initio noluit usurpare.

402. Qui contrariæ sunt opinionis, moventur argumento legis 14. & 17. *ff. de pactis dotalib.* ubi dicitur, quòd mulier non possit ullo pacto deteriorem facere conditionem dotis: atqui in casu Conclusionis videtur hujusmodi pactum intervenire non repetendi dotem, si verum est, quod repetere non possit. Ipsi enim traditioni in illis circumstantiis videtur hujusmodi pactum inesse. ℞. Negando minorem, nam talis traditio dotis non est tacitum pactum dotis non repetendæ, sed est conditio, quâ positâ leges non tribuunt facultatem, dotem auferendi.

403. DICO 4. Privilegio revocandi dotem ex causis de novo emergentibus non potest mulier validè renuntiare. Probatur: nam talis renuntiatio esset pactum non utendi beneficio legis, & sic faceret peiorem dotis conditionem, atqui non potest facere uxor. *L. 14. ff. de pact. dot. De die reddendæ dotis hoc Iuris est, ut liceat pacisci. dum ne mulieris conditio deterior fiat.* & *l. 17.* ibi. [Quod ad diem reddendæ dotis attinet, pacto existimo meliorem conditionem mulieris fieri posse, deteriorem non posse.]

Objicies: Potest mulier renuntiare hypothecæ quam habet in bonis mariti, quia generaliter permittitur illi renuntiare certis & determinatis hypothecis. *L. 21. C. ad S. C. Velleianum.* [Jubemus licere mulieribus & pro uno contractu, vel certis contractibus, seu pro una, vel certis personis, seu rebus Iuri hypothecarum sibi competēti per consensum proprium renuntiare.] Atqui tali renuntiatione etiam fieret deterior conditio mulieris quoad recuperationem dotis. Ergo idem dici posset de renuntiatione de qua loquitur conclusio. ℞. Transeat antecedens (quod fortassis negari posset, & dici, quòd lex solùm det licentiam renuntiandi hypothecis, quando hoc fieri potest sine præjudicio boni publici, qualis tamen non est renuntiatio præjudicans doti repetendæ, cùm ad bonum publicum spectet dotem revocari posse) sed transeat Antecedens, nego consequentiam. Nam licèt factâ renuntiatione hypothecæ, non possit mulier ampliùs bona mariti actione hypothecariâ avocare, potest tamen per actionem ex dote, vel per rei vindicationem repetere, ut partim superiùs dictum est, & infrà dicetur. quare talis renuntiatio non est usque adeo in præjudicium dotis.

404. QUÆRES. Si dos est profectitia, an Ius repetendi dotem constante Matrimonio competat patri, an uxori filiæ. Ratio dubitandi est, quia dominium est penes patrem, & soluto Matrimonio ipsi competit Ius repetendi dotem: ergo etiam constante Matrimonio. Adhoc tamen optimè respondet Rebellus n. 10. quòd quamvis in repetenda dote profectitia, soluto Matrimonio, principale Ius competat patri, tamen in repetenda dote constante Matrimonio, præcipuũ Ius ipsi filiæ competit, eò quòd de fructibus dotis sic constitutæ sustinenda sint adhuc onera Matrimonii, & alenda familia, cujus cura potiùs ad filiam quàm patrem pertinet. Si tamen filia negli-

gligeret hoc Ius repetendi, posset pater negligentiam supplere, & agere etiam constante Matrimonio, licèt non nisi per mortem patris dos personæ filiæ consolidetur; cùm verò pater soluto Matrimonio repetit dotem profectitiam, eidem filiæ tradenda est, & in ipsius patrimonium coalescit.

CONTROVERSIA VII.

Quâ ratione possint, vel non possint Bona Dotalia alienari, & in specie de Fundo Dotali.

SUMMARIUM.

Iure novo non potest alienari fundus dotalis in præjudicium uxoris sine causa utili, aut necessaria, aut hypothecari. 405.

Potest à Socio provocari ad divisionem, sed non provocare maritus. 406.

Si cum juramento, cum consensu uxoris alienaretur, valeret alienatio. 407.

Pro alio fundo potest utiliter alienari de consensu utriusque. 408.

Valet alienatio ex causa necessaria. 409.

Neque bona mobilia inæstimata possunt alienari, si maritus non sit solvendo. 410.

Non requiritur, ne quidem jure novo (ut putat Perez) renovatus uxoris consensus post biennium. 413.

FUndus dotalis dicitur, quæcunque res immobilis non æstimata æstimatione faciente venditionem, in dotem marito data.

405. DICENDUM 1. Jure novo non potest validè in præjudicium uxoris, & non ex causa utili vel necessaria, fundus dotalis alienari aut hypothecari (quæ est species quædam alienationis) nec à marito consentiente uxore, nec ab uxore consentiente Marito, nec ab ambobus simul dum constat Matrimonium. *Inst. quib. alienare licet. pr.* ibi. [Dotale prædium maritus invitâ muliere per legem Juliam prohibetur alienare, quamvis ipsius sit dotis causâ datum: quod nos legem Juliam corrigentes in meliorem statum deduximus. Cùm enim lex in solis tantummodo rebus locum habebat, quæ Italicæ fuerant, & alienationes inhibebat, quæ invitâ muliere fiebant, hypothecas autem earum rerum etiam volente eâ: (id est, inhibebat fieri) utrique remedium imposuimus, ut etiam in eas res, quæ in Provinciali solo positæ sunt, interdicta sit alienatio vel obligatio: neutrum eorum neque consentientibus mulieribus procedat, ne sexûs muliebris fragilitas in pernitiem substantiæ earum convertatur.] Idem habetur *L. un. §. 15. C. de Rei uxoriæ act.*

406. Conclusio procedit 1. de alienatione voluntaria non de necessaria. Hinc si fundus sit communis, & à duobus pro indiviso possessus, hoc casu maritus non potest alterum consortem ad divisionem provocare. *L. 1. C. de fundo dot.* *Mariti, qui fundum communem cum alio in dotem inæstimatum acceperunt, ad communi dividundo judicium provocare non possunt, licèt ipsi possint provocari.* Ex quibus ultimis verbis constat, quòd si à socio conveniatur, validè dividet, dummodo divisio sit utilis.

407. Procedit 2. de alienatione, quæ non fit juramento firmata: nam si in juramento cum consensu uxoris alienaretur, valeret alienatio. *Cap. cùm contingat. de Iurejur.* [Cùm contingat interdum, quòd constante Matrimonio mulieres alienationibus super rebus dotalibus, & donationibus propter nuptias consentiant, ne ulteriùs contraveniant, proprio sacramento firmando, ac soluto, processu temporis, Matrimonio contravenire nitantur, utrum hoc eis liceat, à nobis tua fraternitas requisivit. Respondemus, quòd etsi mulierum consensus in talibus non videatur obligatorius secundùm legitimas sanctiones: ne tali tamen prætextu viam contingat perjuriis aperire, mulieres ipsæ servare debent hujusmodi juramenta, sine vi & dolo spontè præstita, cùm in alterius præjudicium non redundent, nec observata vergant in dispendiũ salutis æternæ.] In cap. *Licet eod. in 6.* additur, Iudices sæculares ad hoc Ius Canonicum observandum per ordinarios esse Censuris compellendos. De hoc tamen agetur in tr. *de Contr. quomodo juramento firmentur.* Procedit denique, nisi uxor post biennium iterum & iterum consentiat, habente viro, unde sit solvendo, ut constabit infrà ex Auth. *Sive à me. C. ad S. C. Vell.*

408. DICENDUM 2. Utiliter tamen pro alio fundo in prioris locum subrogato, potest alienari de consensu utriusque. *L. fin. ff. de Jure dot.* [Fundum filiæ nomine pater in dotem dederat: hujus (*id est patris*) hæredi filiæ ex asse, creditoribus urgentibus patr's, utilius videtur, potiùs fundum qui dotalis est distrahere, quòd minùs fructuosus sit, & alios hæreditarios uberiore reditu retinere: maritus consentit. Si nulla in re captio sit futura, quæro an ea pars dotis, quæ in hoc fundo est, mulieri, manente matrimonio rectè solvatur? Respondit, si pretium creditori solvatur, rectè solutum.]

Quamdiu verò non substituitur fundus alius, quo res mulieris melioretur, negotium pendet, & si tandem non fiat subrogatio, alienatio est nulla, ut observat Rebellus *q. 7. s. 1. n. 5.* qui etiam verisimilius putat, quòd non sufficeret, si pecunia pro fundo dotali soluta deponeretur apud mercatorem pro usuris certis: & hoc propter instabilitatem talis lucri. Neque oppositum probari potest ex cap. *Per vestras. de don. inter virum & uxor.* sup. relatum, ubi dicitur, posse pecuniam alicui mercatori committi, ut de parte honesti lucri onera matrimonii sustineantur.

tur. loquitur enim cap. non de pecunia pro fundo soluta, sed de constituta pro dote.

DICENDUM 3. Valet etiam alienatio facta ex causa necessaria, cujusmodi esset, æs alienum uxoris solvendum; de consensu enim mariti permittitur alienatio fieri; cujus quidem conclusionis nullam legem claram invenio, nam quæ afferuntur, ut lex matus. §. 1. & lex fin. ff. de Iure dot. hoc non dicunt: sed ratio id probat: quia mulier debitis contractis tenetur in conscientia satisfacere, nisi per impossibilitatem excusetur: ergo si aliter satisfacere non potest, quàm venditione fundi dotalis, & Maritus consentiat, non videtur æquum, ut hac viâ satisfacere prohibeatur. Quin imò, loquendo de debitis ab uxore ante Matrimonium contractis, etiam sine consensu Mariti posse fieri venditionem, affirmat glossa *ad l. Titia. 62.* & ità Senatus Neapolitanus apud Ant. Capitium decis. 128. à n. 4. decidit. Verius tamen mihi videtur contrarium cum Castro Palao p. 14. n. 5. Ob hanc rationem. Quæ alienantur in fraudem creditorum ex contractu oneroso, non rescinduntur emptore dissentiente: atqui Maritus accepit bona dotalia ex contractu oneroso, sicut emptor, nempe ad alendam familiam: ergo eo dissentiente non poterit inde satisfieri creditoribus. Neque absurdum est, quòd sic debitorum solutio suspendatur usque ad dissolutionem Matrimonii, hoc enim per accidens est, & in pluribus casibus admittendum: sicut etiam per accidens sæpè aliquis ex proprio delicto commodum reportat.

410. DICENDUM 4. Neque bona mobilia inæstimata æstimatione faciente venditionem, si non consistant in numero, pondere, & mensura, possunt validè alienari, si Maritus solvendo non sit. Probari solet ex *l. 42. ff. de jure dot.* ubi specialiter de iis, quæ consistunt in numero, pondere, & mensura, dicitur, ea à Marito distrahi posse pro arbitrio suo, quia in hoc dantur. Ergo rectè infertur, ea quæ non sunt hujusmodi, non posse alienari, ne quidem consentiente uxore. Communiter tamen distinguunt Legistæ, hoc solùm procedere, si Maritus non sit solvendo, tunc enim datur mulieri rei vindicatio, juxta *leg. 30. C. de Iure dot.* secùs verò, si Maritus sit solvendo. Ità post Jasonem Mynsinger *Inst. quibus alien. pr.* Zæsius *Digest. tit. de fundo dotali. n. 3.* Hunnius *de Iure dot.* q. 48. Ratio hujus limitationis est, quia Lex Julia in specie ac nominatim de fundo dotali concepta erat, & hanc quidem Justinianus rigore auxit, ut suprà vidimus, sed non extendit ad res mobiles: atqui quando unum ex pluribus prohibetur, cætera concessa intelliguntur. *l. 12. §. cum prætor. ff. de Iudic.* Accedit, quòd nulla lex disertè res mobiles prohibeat alienare, ut patet ex legibus quæ allatæ sunt.

411. Confirmatur hæc sent. satis efficaciter ex *l. 1. C. de servo pig. dato.* *Licèt dotale mancipium vir qui solvendo est, possit manumittere, tamen si te pignori quoque datum mulieri apparuerit, invitâ eâ non posse libertatem assequi non ambigitur.* Ex qua lege fit argumentum ad alias res mobiles, quæ servando servari possunt, eas posse alienari etiam invitâ uxore, si Maritus sit solvendo, & eæ res non sint oppignoratæ mulieri.

412. Neque refert, quòd videatur eadem esse ratio de non alienandis mobilibus pretiosis, quæ de immobilibus, nam præterquàm quòd hoc non sit verum, cùm bona immobilia plus fructuum, & emolumentorum contineant, quàm res mobiles, hoc tamen transmisso non licet à prohibitione unius argumentari ad prohibitionem alterius, quia est prohibitio exorbitans à Iure communi, quo licet unicuique disponere de re sua pro arbitrio suo.

413. Verùm hic dissimulare non possum, quòd Antonius Perez citans Joan. Fabrum, tradit l. c. n. 7. Iure novissimo non tenere alienationem specierum, h. e. rerum mobilium, nisi adhibitâ solennitate renovati post biennium ab uxore consensûs. pro quo allegat Auth. *sive à me. C. ad S. C. Vellejanum.* Verùm legi, & relegi illam Auth. & semper mihi clarum visum est, eam solùm loqui de rebus immobilibus. Authentica sic habet, (& est ex Nov. 61. c. 1.) [Sive à me sive ab alio pro me fiat donatio propter nuptias, quod ea ex causa NB. est immobile, neq; alienare valeo, nec obligare: in hoc ergo contractu consensus mulieris nihil proficit, quo minùs demus mulieri in rem actionem in sponsalitia Largitate (*donatione propter nuptias*) soluto Matrimonio, nisi, & secundò (*id est semel atque iterum*) post biennium profiteatur, & aliæ res viro sint, ex quibus ei consuli possit.] & §. 1. subjungitur. [Et multò magis idem in dotibus locum habet, ut non aliquid NB. immobile pro ea alienetur, vel obligetur.] Quid quæso ex his potest sine violentia trahi ad res mobiles? Postquam hæc contra Perezium conceperam, reperio meam sententiam defensam ab Hieron. Arnoldo Rath. th. 57. & ab Hunnio. L. c. q. 48. & 49. contra Bartolum, & Baldum, qui etiam observat, quòd in Novella *61. c. 1.* §. 3. in fine funditùs evertatur sententia contraria, dum dicit Imperator: *Jam enim hæc sufficienter delimata atq; sancita sunt*: nempe Iure antiquo. Atqui Iure antiquo hoc solùm sancitum erat de fundo dotali: ergo totus contextus est de hoc solo intelligendus.

414. Objicit Bartolus, & Baldus illa verba dicti §. 3. *Et multò potiùs hæc in dote valebunt, si quid dotis, aut alienetur, aut supponatur.* Ad hoc respondet Hunnius, hæc verba esse referenda ad præcedentia, quæ loquuntur expressè de rebus immobilibus. Est hæc sufficientis-

sima responsio. Verùm adhuc clariùs respondetur, quòd in Authentica, quæ ex hac Nov. desumpta est, & paulò antè recitata, expresè in §. 1. restringatur ad immobile: *ut non aliquid immobile, &c.* & sic evanescit totum fundamentum contrariæ sententiæ.

CONTROVERSIA VIII.

A quonam fundus invalidè alienatus possit vindicari, aut alienatio confirmari.

SUMMARIUM.

Maritus potest vindicare fundum invalidè alienatum. 415.
Videtur hoc posse etiam proprio nomine. 417.
Soluto Matrimonio potest etiam uxor vindicare. 418.
Soluto Matrimonio morte Mariti potest mulier confirmare alienationem. 419.
An Maritus teneatur emptori de Evictione, si fundus vindicetur. 420.
Rebus dotalibus validè alienatis, si Maritus vergat ad inopiam, quid remedii competat uxori. 422.

415. DICENDUM 1. Maritus potest, constante Matrimonio res invalidè à se alienatas ab emptore, vel quocunq; alio detentore vindicare, seu revocare, saltèm nomine uxoris, apud quam hoc ipso manet dominium naturale, quia alienatio non valuit.

416. Objicitur Regula Iuris, quòd nemo possit proprio facto contravenire, tametsi absque Iuris solennitate atque adeo nulliter factum sit. *l.* 4. *C. de Revocandis donat.* ℞. Imprimis in hac lege non dicitur quòd invalida fuerit donatio. sic habet. [Cùm profitearis in fraudem te alterius donâsse; professionem inhonestam continere intelligis. Itaque si donationem perfecisti, eam revocare non potes ex memorata allegatione sub obtentu pœnitentiæ.] Deinde respondetur, ad summum id verum esse, quando præcisè agitur de commodo proprio, non quando de commodo alieno. Cæterùm nec hoc universim verum est. Qui enim sciens Matrimonium irritum celebraret, utique posset contra factum suum venire, & ab uxore discedere.

417. Dixi: *saltèm uxoris nomine.* Quin mihi certum est, posse proprio nomine vindicare, quia ut suprà vidimus, habet dominium civile, cujus vel maximè hic effectus est, ut competat Rei vindicatio. & habetur. *L. doce Ancillam. C. de rei vind.* Unde non video, quare Castro Palao hoc solùm ut probabile defendat, & hanc rationem det: quòd habeat obligationem uxoris interesse & commodo consulendi. Quæ ratio est nulla. nam hanc obligationem habet omnis administrator, & tamen non proprio nomine agit.

418. DICENDUM 2. Soluto Matrimonio etiam uxor potest fundum sic alienatum vindicare. Ratio, quia habet illius dominium, & jam Maritus non habet ampliùs administrationem. Quin imò si Maritus nollet ipse vindicare, posset uxor, etiam constante Matrimonio, & sine consensu illius vindicare.

419. DICENDUM 3. Soluto Matrimonio morte Mariti, tunc primùm potest mulier confirmare alienationem priùs factam à Marito, si fundus priùs redditus fuerit, & hac ratione cessaverit esse dotalis. Ratio est, quia quamdiu non redditur, manet fundus dotalis: atqui quamdiu manet dotalis, tamdiu non potest alienari, quia quamdiu mulieri competit actio, tamdiu non potest alienari. *l.* 3. §. 1. *ff. de fundo dot.* ibi. *Totiens autem non potest alienari fundus, quotiens mulieri actio de dote competit, aut omnimodè competitura est.* Quòd autem ante redditionem maneat fundus dotalis, habetur l. 12. eod. *Etiamsi diremptо Matrimonio dotale prædium esse intelligitur.* Quod si Matrimonium solvatur morte uxoris, hæredes possunt ratificare alienationem, nullâ præcedente receptione, quia jam desiit esse fundus dotalis.

420. QUÆRES 1. An, si fundus dotalis invalidè alienatus, vindicetur, & revocetur, maritus venditor teneatur emptori de evictione? Respondet Molina d. 428. §. *Quando fundus.* cum distinctione. Vel emptor scivit esse dotalem, adeoque alienationem non valere, vel inculpabiliter nescivit. Si primum, solùm potest agere ad pretium, non verò ad interesse. *L. fin.* §. *fin. C. Communia de legatis.* ibi. [Emptor autem sciens rei gravamen, adversus venditorem actionem habeat tantùm ad restitutionem pretii, &c. cùm sufficiat ei saltèm pro pretio quod sciens dedit pro aliena re, sibi satisfieri.] Si secundum, potest agere de evictione etiam ad interesse. Hæc est responsio verissima.

421. Sed objicit sibi ipsi Molina, quòd ipse dixerit disp. 380. quòd sciens rem esse alienam, pretium perdat: ergo non potest agere ad illud. Respondet, illud verum esse, quando res fuit penitus aliena: dos autem est aliquo modo mariti. Hic locus hujus auctoris posset alicui esse causa errandi: quomodo enim Molina dicere potuit, contra apertum juris textum, quòd talis emptor non possit agere ad pretium? imò in illa disp. 380. §. *Sextus.* expresè dicit, quòd possit agere ad pretium emptor sciens rem esse alienam. Itaque de Iure communi potest agere ad pretium etiam docente Molinâ, sed de Iure Lusitano (de quo id dixerat d. 380.) pretium perdit. quo supposito ego putem consequenter dicendum esse, quòd etiam talis emptor Iure Lusitano perderet pretium fundi dotalis scienter empti, nec responsionem Mo-

linæ esse sufficientem. quòd enim maritus sit dominus, nihil juvat causam emptoris. Est enim solùm Dominus fictione Iuris in ordine ad certos effectus, inter quos non est alienatio: ergo quoad hunc actum perinde est, acsi non esset Dominus.

422. QUÆRES 2. Casu, quo res dotales validè alienavit maritus, eò quòd earum habuerit dominium etiam naturale juxta superiùs dicta, deinde verò maritus ad inopiam vergat, ut non sit solvendo; quid Iuris aut Remedii competat uxori respectu bonorum alienatorum? Potest autem hoc tripliciter contingere, ut sit locus dubitandi 1. Si dos fuit constituta in numerata pecunia, & pro pecunia illa fuit emptum prædium, vel aliud bonum immobile, ut Molendinum, &c. 2. Si dos fuit constituta in re immobili, sed æstimata æstimatione faciente venditionem, adeoq; dominium etiam naturale fuit penes maritum, & deinde hæc res fuit à marito validè alteri vendita. 3. Si talis fundus fuit cum alio commutatus. In his casibus cum distinctione & discrimine procedendum est. In primo & tertio casu distinguendum est: vel enim fundus emptus aut commutatione acceptus, manet adhuc penes maritum, aut iterum est alienatus. Si primum, competit uxori utilis rei vindicatio, ut tradunt Rebellus *q.* 4. *n.*17. Palao *p.* 3. ex Juristis plures apud Balthasar *tit.* 1. *resol.* 15. *n.* 21. Zasius *de fundo dot. n.* 3. probatur ex lege 55. *ff. de donat. inter virum & uxor. Vxor marito suo pecuniam donavit, maritus ex pecunia sibi donata, aut mobilem, aut soli rem comparavit, solvendo non est, & res exstant, &c.* & in fine. *Sed nihil prohibet, etiam* in rem *utilem mulieri in res ipsas accommodare.* Si verò secundum dicatur, nempe quòd fundus iterum alienatus sit, Petrus Barbosa, Rebellus, & Palao iterum distinguunt, & quidem si in tertium possessorem translatum sit dominium titulo oneroso, negant uxori competere utilem rei vindicationem; si verò titulo lucrativo, concedunt. Hæc tamen distinctio in nulla lege fundata est, & lex allegata paulò antè plus non requirit ad concedendam uxori utilem vindicationem, quàm ut res exstet, & maritus non sit solvendo. Præterea regula generalis est, quòd in casibus dubiis semper in favorem dotis pronuntiandum sit. *L. in ambiguis. ff. de R. J. In ambiguis causis pro dote est respondendum.* Quare verius existimo, quòd uxori competat utilis rei vindicatio, quocunq; titulo res ad alium pervenerit, seu lucrativo, seu oneroso, si maritus ad eam inopiam perveniat, ut ex ejus bonis dos haberi non possit. Vnde sequitur, nunquam transferri in alios dominium omnimodè absolutum, sed aliquo modo conditionatum, seu revocabile in casu supervenientis inopiæ.

423. In secundo verò casu suprà posito, nempe si fundus fuit venditus, iterum dicendum est, uxori competere utilem rei vindicationem si maritus ad inopiam perveniat, ut solvendo non sit, ut tradunt Rebellus *l. c. n.* 18. Zasius *l. c.* Mol. *d.* 426. & jam ante hos Baldus & Salycetus, colligentes id ex lege *in rebus.* 30. *C. de Jure dot.* cujus verba dedi suprà. videtur enim, fundi dominium naturale translatum quidem in maritum, sed ità ut dominium civile maneret penes uxorem ad hunc effectum. *Covarr. pract. quæst. c.* 28. *n.* 8.

CONTROVERSIA IX.

Quando & quousque Dos restituenda sit soluto Matrimonio.

SUMMARIUM.

SI dos consistat in rebus immobilibus corporalibus inæstimatis, statim est restituenda soluto Matrimonio. Si in cæteris, post annum. 424.
Fructus ad quem spectent. 425.
Quamdiu dos non restituitur, alenda est uxor ab hæredibus mariti, cum certis limitationibus. 426.
Marito, Socero, & filiis Mariti ex conjuge repetente dotem susceptis, conceditur beneficium Competentiæ, si dos fuit æstimata. 428.

424. DICENDUM 1. Si dos consistat in rebus immobilibus corporalibus inæstimatis, æstimatione faciente venditionem, statim est restituenda: si verò in rebus mobilibus, aut incorporalibus, ut sunt Iura, vel immobilibus corporalibus æstimatis æstimatione faciente venditionem, vel quando certa summa in valore est restituenda, intra annum primùm est obligatio restituendi, nisi aliud pactum fuerit. *L. un.* §. *ex actio. C. de Rei uxoriæ act.* ibi. [Exactio autem dotis celebretur non annuâ, bimâ, trimâ die (*id est, tribus pensionibus, ut olim*) sed omnino intra annum in rebus mobilibus, vel se moventibus; vel incorporalibus: cæteris videlicet rebus, quæ solo continentur, illico restituendis, quod commune utriusque fuerat actionis.] id est ex stipulatu & rei uxoriæ.

425 DICENDUM 2. Fructus dotis consistentis in re frugifera inæstimata à die soluti matrimonii, pertinent ad uxorem, in cæteris ad maritum (ut suprà dictum) usus tamen redituum seu Iurium, imò & dotis quæ in summa consistit, spectat ad maritum, ejúsque hæredes eo tempore quo nondum tenentur dotem sive ex lege sive ex pacto restituere. *L. cit.* §. *sin autem.* ibi. [Fructibus videlicet immobilium rerum parti mulieris ex tempore dissoluti Matrimonii præstandis.]

426. DICENDUM 3. Quamdiu dos non restituitur, alenda est uxor ab hæredibus mariti (nisi aliunde, vel ex fructibus dotis alimenta habere posset) si tamen velit in domo hæredum

commorari, & ut alii quibus debentur alimenta, consuetas operas velit præstare. Quodsi domum mariti possideat, potest eam unà cum ibi contentis loco pignoris retinere, donec dos solvatur. Imò si prægnans sit relicta, alenda est, quousque fœtum enixa est. non obstante, quòd bona habeat ex quibus ali possit, aut etiam si dos illi fuerit jam restituta, nihilominus alenda est ab hæredibus mariti, quousque fœtus nascatur. *arg. L. 1. §. 19. ff. de ventre in poss. mitt.* [Mulier autem in possessionem missa, ea sola sine quibus fœtus sustineri, & ad partum usque produci non possit, sumere ex bonis debet, & in hanc rem curator constituendus est, qui cibum, potum, vestitum, tectum mulieri præstet pro facultatibus defuncti, & pro dignitate ejus atque mulieris.] Quæ autem à principio Conclusionis dicta sunt, hâc ratione nituntur. Dum dos apud hæredes mariti remanet, eâdem obligatione tenentur hæredes, quâ vivens maritus tenebatur, adhuc enim habet rationem dotis: ergo ijsdem gaudet juribus: atqui maritus ratione dotis possessæ tenebatur uxorem alere: ergo eâdem obligatione tenentur hæredes, quamdiu dotem detinent.

427. Dixi: *nisi aliunde habeat, &c.* Nam si aliunde, vel ex fructibus dotis, vel operis & labore eam non dedecentibus se sustentare possit, cessat obligatio eam alendi. Ratio est, quia hi modi alendi etiam vivente Marito conduxissent, & suffecissent ad eam alendam.

428. DICENDUM 3. Marito, Socero, & filiis Mariti ex conjuge repetente dotem susceptis, conceditur à Iure beneficiũ competentiæ, si dos fuit æstimata æstimatione faciente venditionem, (de cujus natura actum est tr. 1) *L. un. §. cùm autem. 7. C. de rei uxoriæ act.* ibi. [Et non in solidum, sed in quantum maritus facere potest, si non dolo malo suam diminuerit substantiam, &c. in tantùm quidem maritus condemnetur, in quantum facere potest, quia hoc æquissimum est, & reverentiæ debitum maritali, si non dolo malo versatus est: cautione videlicet ab eo exponendâ, quòd si ad meliorem fortunam pervenerit, etiam quod minùs persolverit, hoc restituere procuret.] Idem habetur. §. *Item si de dote. Inst. de actionib.* [Item si de dote in judicio mulier agat, placet eatenus maritum condemnari debere, quatenus facere possit, id est, quatenus facultates ejus patiuntur. Item. *L. 12. 15. 18. §. 1. ff. soluto.* Sed præ oculis habenda sunt, quæ in lege Codicis addebantur, de absentia doli mali, & cautione, &c. De socero habetur. *L. 15. §. 2. Socero quoque. cum quo nurus de dote agit, idem honor debetur, ut in id damnetur, quod facere potest.*

Hoc beneficium hæredibus extraneis mariti negatur. *L. Maritum. 12. ff. soluto matrim.* ibi. *Sed hoc hæredi non esse præstandum.* quæ verba glossa Gothofredi intelligit de extraneo, non de suo ob legem 18. *eod. etiam filios mulieris, qui patri hæredes exstiterunt, in id quod facere possunt, condemnandos Labeo ait.*

429. Imò negaretur etiam Marito, si uxor esset in pari necessitate, nisi dos tota restitueretur; nam in pari necessitate creditoris debitor nunquam gaudet beneficio competentiæ.

Dixi in Conclusione. Si dos sit æstimata. Nam dos inæstimata si exstet, pleno jure ad uxorem redit, ut sæpè dictum. Addit P. Molina; si Matrimonium dissolutum sit morte Mariti, tunc beneficio competentiæ nec socerum, nec filios gaudere, etiam quoad ea bona, quæ quidem æstimata tradita sunt, sed adhuc penes Maritum exstant, idque ait constare ex lege in Rebus *C. de Iure dot.* Sed, ut jam suprà notavi, hoc lex illa non habet, & contrarium inde efficaciter probatur, quòd talium bonorum dominium ità transiverit ad Maritum, ut non teneatur nisi ad æstimationem: atqui ad æstimationem dotis non tenetur socer, & filii, nisi in quantum possunt: ergo etiam respectu talium bonorum gaudent privilegio competentiæ. Neque in aliquo Legista invenio contrarium.

CONTROVERSIA X.

Quibus Iuris Remediis, seu actionibus uti possit uxor, vel hæredes illius ad repetendam dotem soluto Matrimonio.

SUMMARIUM.

IVre Novo triplex Actio competit uxori, & hæredibus illius. 430.
Actio ex stipulatu de dote exorbitat à communi regula, cùm sit bonæ fidei. 432.
Convenit, etiam nullâ stipulatione interveniente. 433.
Si pater stipulatus esset, dotem sibi restitui, an actio transmittatur ad hæredes. eod.
Hæc stipulatio non fingitur, quando dotem dat extraneus. 434.
Mulier in bonis Mariti habet hypothecam tacitam cum prælatione. 435.
An detur hæc hypotheca cum prælatione etiam hæredibus uxoris. 436.
An mulier præferatur tantùm habentibus tacitam hypothecam. 439.
Quibus creditoribus non præferatur mulier. 444.
Nimium extenditur hoc privilegium ab Hunnio. 447.

430. DICENDUM est, Iure novo triplicem actionem competere uxori, & hæredibus illius Dixi. Iure novo. Nam de actionibus, quæ jure antiquo dabantur, nempe Actio Rei

Rei uxoriæ, Actio præscriptis verbis, Condictio ex lege Iulia, de his inquam, non est nobis hodie magnopere curandum, nos enim (liceat sic loqui cum Imperatore *L. un. C. de dedit. lib. tollenda*) qui veritatem colimus, ea sola tradenda putamus, quæ obtinent.

431. Triplex, inquam, actio datur, Rei vindicatio directa, & utilis: (ut jam suprà sæpiùs dictum est) *L. in Rebus. C. de Iure dotium.* Hypothecaria, & ex stipulatu. *toto tit. & lege un. Cod. de rei uxoriæ actione.* Actio Hypothecaria ideo convenit, quia omnia Mariti Bona sunt uxori hypothecata hypothecâ tacitâ pro dote, de qua hypotheca paulò pòst plura dicentur.

Quæ autem habentur ad longum in *L. un. C. de Rei uxoriæ actione* in exstipulatu actionem transfusa & de natura dotibus præstita, ea inquam in compendio habentur Instit. de actionib. §. *fuerat.* qui sic habet. [Fuerat antea & rei uxoriæ actio una ex bonæ fidei Iudiciis: sed cùm pleniorem esse ex stipulatu actionem invenientes, omne jus, quod res uxoria antè habebat cum multis divisionibus, in actionem ex stipulatu, quæ de dotibus exigendis proponitur, transtulerimus, meritò, rei uxoriæ actione sublatâ, exstipulatu actio quæ pro ea introducta est, naturam bonæ fidei Iudicii tantùm in exactione dotis meruit, ut bonæ fidei sit. Sed & tacitam ei dedimus hypothecam. Præferri autem aliis creditoribus in hypothecis tunc censuimus, cùm ipsa mulier de dote sua experiatur, cujus solius providentiâ hoc induximus.]

432. Ex his verbis colligitur. 1. Quòd hæc actio ex stipulatu de dote, sit exorbitans à communi regula & natura actionum ex stipulatu, quòd aliæ sint stricti juris, hæc autem sit bonæ fidei: ratio hoc ità constituendi erat, quòd actio rei uxoriæ, in cujus locum substituta est, fuisset bonæ fidei, unde sic formabatur: *Quod æquius melius, judicato.*

433. Colligitur 2. Quòd hæc actio competat, etiamsi nulla stipulatio priùs intervenerit, hoc est, etiamsi nec Maritus stipulatus sit, sibi dotem promissam solvi, nec uxor eam sibi soluto Matrimonio restitui, fingitur enim intervenisse. Et ideo datur, tam Marito, quàm uxori. Marito ad obtinendam dotem promissam, uxori ad eam repetendam. §. 2. *d. l. un.* ibi. [Et ut pleniùs dotibus subveniatur, in hujusmodi actione damus ex utroque latere hypothecam, sive ex parte Mariti pro restitutione dotis, sive ex parte mulieris pro ipsa dote præstanda, vel rebus dotalibus evictis: sive ipsæ principales personæ dotes dederint, vel promiserint, vel susceperint, sive aliæ pro his personæ: & dos sive adventitia sive profectitia sit.]

Est tamen hîc aliqua difficultas: si pater, cùm daret filiæ dotem, expressè stipulatus esset, soluto Matrimonio per mortem generi, dotem sibi restitui, utrum hac stipulatione impediretur consolidatio dotis in filia, sicut consolidaretur, si nulla talis stipulatio intervenisset, adeoque, an talis actio transmittatur ad hæredes patris. Ratio dubitandi nascitur ex §. 11. ubi Imperator videtur universim dare filiæ hanc actionem præ aliis hæredibus patris. Nihilominus Petrus Barbosa *ad l. 41. n. 29. ff soluto.* post Bartolum ait, tunc talem actionem ad patris hæredes transire, sicut transiret ad hæredes extranei sic stipulantis, cum hoc tamen discrimine, quòd teneretur Pater, aut ejus hæres hanc dotem sibi mero jure quæsitam filiæ iterum nubenti restituere sine diminutione, nisi patrimonium patris adversâ fortunâ fuisset diminutum, ut habet Auth. hujus tit. [Sed quamvis dos potestatis sive pactionis jure ad patrem redeat, non tamen licet ei, filiâ denuò nubente, deminuere priorem dotis mensuram, nisi fortè substantia sua decrescat aliquâ fortuitâ clade: tunc enim ampliùs secundo Marito in dotem præstare non cogitur, nisi quantum facultates ejus patiuntur.] Ex quâ auth. clarè colligitur, in §. 11. non esse sermonem de expressâ, sed tantùm de tacita stipulatione, quæ substituta est rei uxoriæ actioni.

434. Colligitur 3. Hanc stipulationem non fingi, quando aliquis extraneus dat dotem, unde, si talis velit dotem ad se redire soluto Matrimonio, debet hoc expressè stipulari, & tunc non ex dicta lege, sed ex propria stipulatione actionem habebit, eaque non erit bonæ fidei, sed stricti juris. habetur. §. 13. ibi. *si non specialiter extraneus dotem dando in suam personam dotem stipulatus sit, vel pactum fecerit: tunc præsumatur, mulierem ipsam stipulationem fecisse, ut ei dos ex hujusmodi casu accedat.* Itaque talis præsumitur dotem donâsse. Neque debet aliquem turbare, si legat in §. 11. *sive aliæ personæ dederint.* Nam sensus est, quòd mulieri competat actio bonæ fidei ad repetendam dotem, etiamsi dotem extraneus dederit.

435. Colligitur 4. Quòd mulier in bonis Mariti (non item Maritus in bonis illorum qui dotem promiserunt) habet hypothecam tacitam, vi cujus præferatur reliquis Mariti creditoribus omnibus, anteriorem hypothecam habentibus. Ità sonant ultima verba relati. §. & *l. 30. C. de Iure dot.* sup. relatâ. & *l. 12. §. 1. C. Qui potiores in pig.* ibi. [Sancimus ex stipulatu actionem quam mulieribus jam pro dote instituenda dedimus, cuique etiam tacitam donavimus inesse hypothecam, potiora jura contra omnes habere Mariti creditores, licèt anterioris sint temporis privilegio vallati.] Circa hoc tamen privilegium duplex quæstio & controversia suboritur.

436. Prima quæstio est, an detur hæc tacita hypotheca cum ista prælatione etiam hæredibus uxoris. In quo puncto certum est, non dari hæredibus extraneis, nam hoc ad minimum con-

constitutum est. *L. un. C. de privilegio dotis. Scire debes privilegium dotis, quo mulieres utuntur in actione de dote, ad hæredem non transire.* Difficultas est de descendentibus, de quibus communissima sententia affirmat, & legem adductam post glossam Gothofredi, intelligit de hærede extraneo, & nos suprà similem legem adduximus, in qua per *hæredem* solus extraneus intelligitur. Deinde non leve hujus sententiæ fundamentum habetur in L. *assiduis* 12. *cit.* §. 1. *versu exceptis.* ubi expressè dicit Imp. quòd filiis prioris uxoris (quibus postea noverca supervenit) pro dote matris suæ jam dederit hypothecam contra paternas res vel ejus creditores. Atqui nullam aliam dedit, quam illam, de qua agimus. Vnde planè evanescit responsio, subtilis quidem, sed merè elusoria Antonii Fabri *Lib.* 8. *conject.* 13. qui se communi sententiæ opponit, quem sequitur Hunnius vol. post. *d.* 24. *th.* 7. *q.* 49. nec est operæ pretium eam referre, quia mihi prorsus persuadeo, cummunem sententiam in foro semper prævalituram, contra Fabri nimis frequentes singularitates.

437. Nec obstat primò, quòd privilegia personalia non transeant ad hæredes, ne quidem liberos. ℞. Enim, illud intelligendum de personalibus strictissimè sumptis, & quæ ossibus inhærent, non verò de illis, quæ conceduntur personæ intuitu liberorum, quale est hoc privilegium dotis. Exemplum clarissimum suprà attulimus in beneficio competentiæ, ubi vidimus, quòd non obstante *L.* 12. *ff. soluto.* quæ simpliciter illud negat hæredibus, sit intelligenda de hærede extraneo, ob legem 18. *eod.* quæ illud liberis concedit. Quare eodem modo est intelligenda lex unica de privilegio dotis paulò antè relata.

438. Multò minùs obstat 2. quòd in §. *Fuerat. J. de act.* suprà relato, dicat Justinianus, hoc privilegium *solius mulieris providentiâ esse introductum.* quasi verò extensio ad liberos non pertineat ad mulieris providentiam! cùm clarissimi Iuris sit, ideo tam multa privilegia doti & uxoribus dari, quia interest Reipublicæ, eam per legitima Matrimonia & liberorum procreationem honestàmque educationem augeri & crescere! ergo non est contra legis intentionem, favores hujusmodi ad liberos extendi, cùm æquè intersit Reipublicæ, dotem esse securam filiis, atque esse securam uxori. Huc faciunt plures Iuris textus. nam auth. de Nuptiis, quæ est ex Nov. 22. dicit Imperator, se ideo studere favere nuptiis, quòd generi humano inducant artificiosam immortalitatem. Plures textus vide apud Udalricum Zasium *in tit. ff. solut. L. dotis causâ. n.* 8. *& seqq.*

439. Secunda quæstio est, an mulier vi hujus privilegii & hypothecæ tacitæ, præferatur omnibus anterioribus crediroribus privilegiatis, vel an tantùm tacitam hypothecam habentibus, non verò ijs qui habent expressam. Hoc posterius tenent post Jasonem Zasius *n.* 21. Hottoman. *n.* 4. Schneidewein *n.* 58. VVesenbecius *n.* 2. Covarr. *p.* 1. *c.* 9. *n.* 1. *& seq.* Andr. Gail *lib.* 2. *observ.* 25. *n.* 10. & alii plures.

440. Contraria tamen opinio, quæ est longè plurium, mihi verior, & omnino ad mentem Imperatoris esse videtur, nempe quòd etiam expressam hypothecam habentibus præferatur; quam sententiam præ cæteris accuratè propugnat Harppręcht in d. §. *fuerat.* Probatur 1. Si Imperator voluisset restringere ad habentes hypothecam tacitam, non debuisset omnes creditores hypothecam anteriorem habentes, adeo universali sermone nominare, cùm non valde multi sint quibus in Iure tacita hypotheca conceditur, nempe in rebus tutorum & curatorum (ut suprà dictum) in rebus illatis & invectis in prædium urbanum (ut etiam suprà dictum) in domo, quæ reficitur pecuniâ creditâ (ibid.) & denique in contractu fisci, quæ omnia habentur in tit. *C. in quibus causis pignus, vel hypotheca tacita contrahitur.* ad hos inquam, si Imperator restringere voluisset, nec ità universaliter loqui debuisset in legibus adductis, nec adeo extollere hoc privilegium.

441. Probatur 2. Mulier in dotis exactione præfertur creditori, cujus pecuniâ res empta, aut reparata est, ut habetur *Nov.* 97. *cap.* 3. ibi. [Quæsitum est igitur, si mulier prætendens privilegium super antiqua dote & augmentum, in quo etiam hoc servatur privilegium (sicut prædictum) prioribus voluerit præponi crediroribus, veniat autem & alter creditor, posterior quidem, prætendens autem pecuniis suis emptam aut reparatam navem aut domum, aut agrum, &c. utrum oporteat dotem etiam talibus præponi, &c. Plurimùm igitur super his cogitantes, non invenimus mulierem justè existentem cedere alicui tali privilegio.] Hoc supposito fit hoc argumentum. Talis creditor præcedit etiam habentes hypothecam expressam: ergo etiam mulier. Antecedens patet ex *L.* 5. *ff. qui potiores.* & L. 7. C. eodem. neque negant adversarii. Conseq. probatur ex regula generali: Si vinco vincentem te, multò magis ego te vincere debeo. *L.* 14. §. 3. *ff. de perpet. & temporalib. præscript.*

Objiciunt 1. Provisio hominis facit cessare provisionem legis: atqui creditor habens expressam hypothecam, sibi providit, mulieri autem providit lex: ergo si hæc cum illa concurrat, hæc cessat. ℞. Distinguendo Majorem: quando lex disponit solùm in subsidium & defectum dispositionis hominis, & sic de eadem re, de qua disposuit homo, concedo, secùs nego.

442. Objiciunt 2. Fiscus & mulier paribus passibus ambulant *L.* 2. *C. de privileg. Fisci.* [Quamvis ex causa dotis vir quondam tuus tibi sit condemnatus, tamen, si priusquam res ejus tibi obligarentur, cum fisco contraxisti, Ius fisci causam tuam prævenit. Quodsi post bonorum ejus

ejus (*mariti*) obligationem rationibus meis (*id est fisco*) cœpit esse obligatus, in ejus bona cessat privilegium fisci.] (Ob hunc textum Gothofredus quoque in gl. in contrariam sententiam abit) subsumitur, atqui fiscus non præfertur anteriori creditori expressam hypothecam habenti. L. 4. C. eod. *Si fundum pignori accepisti, antequam Reipublicæ obligaretur, sicut prior es tempore ità potior es jure.* Ergo nec dos præfertur. ℞. Hoc argumentum nimium probare. Nam ut notat ipse Gothofredus in prædictam legem. 2. Fiscus ne quidem præfertur anteriori habenti tacitam hypothecam, & tamen illi præfertur mulier ratione dotis. Deinde *Lex 2. C. de priv. Fisci.* non ponit illam regulam, quam glossatores inde confinxerunt, plus enim non dicit, quàm quòd fiscus priorem hypothecam habens, præferatur mulieri & vice versâ. hinc autem ineptè infertur: ergo privilegia dotis conveniunt fisco & econtra. Nam inde sequeretur, quòd etiam privatus creditor habens hypothecam gauderet privilegiis fisci, quod nemo dicit. Sequela probatur. Nam & fiscus præfertur privato, si ille sit prior, & privatus fisco, si hic sit posterior. *L. 8. ff. qui pot. in pig.* & inde ponitur regula. *qui prior tempore potior jure.*

443. Ulteriùs, leges illæ quas afferunt adversarii, ad probandum, quòd fiscus non præferatur anterioribus habentibus expressam hypothecam, *nempe l. si pignus. ff. eod l. si fundum C. eod.* loquuntur de bonis fisco ratione delicti obligatis, non verò de bonis obligatis & hypothecatis ratione contractûs, nam in his fiscus etiam aliqualiter præfertur anterioribus expressam hypothecam habentibus. *l. 28. ff. de Jure fisci.* *Si, qui mihi obligaverat, quæ habet, habiturusve esset.* (est hypotheca generalis) *cum fisco contraxerit, sciendum est, in re postea acquisita fiscum potiorem esse debere, Papinianum respondisse. quod & constitutum est. prævenit enim causam pignoris fiscus.* Sed quidquid de hoc sit, illud mihi certum est, secundùm legem *2. C. de priv. fisci*, parem esse fisci & mulieris rationem tunc, cùm soli inter se comparantur, secùs, si ambo cum anteriore privato concurrant, & comparentur. Nempe quando inter se comparantur, & concurrunt, vult Justinianus servari regulam: *Qui prior tempore potior Jure.* & sic privilegiatus contra privilegiatum suâ prærogativâ non utitur. Si verò concurrant cùm anteriore privato, tunc privatus vincit Fiscum (eo casu quo paulò antè dictum est, nempe si ex delicto sunt bona obligata) & mulier privatum & fiscum, non quidem concurrendo cum fisco, sed cum privato qui fiscum vicit.

444. Objicitur 3. Et difficiliùs *lex 29. C. de Jure dotium.* ubi circa medium expressè supponitur, esse aliquos creditores habentes hypothecam, quibus mulier non præferatur. Verba sunt hæc. *sed ità eam posse easdem res vindicare vel à creditoribus posterioribus, vel ab aliis, qui non potiora jura legibus habere noscuntur.* atqui non possunt assignari alii, quàm habentes expressam hypothecam. Ergo. Imprimis hoc argumentum etiam adversarios ferit, qui dicunt, expressam hypothecam non esse à lege, sed ab homine, tacitam esse à lege: ergo cùm verba allata loquantur de jure à lege concesso, uxor ne quidem habentibus tacitam hypothecam præferenda esset, quod est contra omnes: omnibus ergo hæc lex explicanda est. Respondent ergo Interpretes, quos sequitur Harpprecht, esse aliquos creditores qui potiore jure vallati sunt quàm mulier ratione dotis, & imprimis assignant fiscum in causa *Primipili*, de quo est lex 4. *C. in quib. caus. pignus tacitè contrahatur.* quæ sic habet. [Satis notum est, & ratione constitutum, bona earum in dotem data quæ nuptæ sunt his qui Primipili sarcinam subeunt, obnoxia necessitati ejus teneri: verùm certo ordine, ut scilicet tunc demum ad hoc periculum mulieris patrimonium respiciat, si universis viri ac nominatorū facultatibus exhaustis, nihil residuum inveniatur.] Casum hujus legis, paucis & claris verbis ponit glossa. Si ex mala administratione primipilari factus sis debitor fisci, non solùm res tuæ obligantur tacitè fisco, sed dos uxoris tuæ, ità videlicet, si bona mariti exhausta sunt, neque aliquid residuum invenitur.

Primipilus autem est Centurio, annonæ inter milites distribuendæ præfectus, qui ratione officii obligatur fisco, & non solùm illius, sed & uxoris ejus bona in defectum bonorum mariti sunt fisco oppignorata. Quarè si postea maritus conveniatur ratione administrationis suæ, fiscus mulieri præfertur ex communi sent. ob ingens periculum quod ex tali administratione Reipublicæ imminet, respectu cujus tanquam causæ publicæ causa dotis est censenda causa privata. Et hic est primus casus, in quo prælatio dotis non procedit.

445. Secundus casus est, quem jam suprà retuli ex l. 12. *C. qui potiores. §. 1. versu exceptis.* nempe quando cum Noverca concurrunt liberi prioris matrimonii in exactione dotis.

446. Tertius casus est in causa funeris, quòd funeraria actio, secundùm aliquos causæ dotis præferatur, ne contra omnem humanitatem cadavera insepulta jaceant. *l. 45. ff. de religiosis & sumptibus funerum.* sed hoc aliò spectat.

447. Non est hoc loco dissimulanda nimia extensio privilegii dotalis quam facit Hunnius *d. 24. in Treutl. q. 48.* nempe quod sit etiam locus prælationi in deposito apud maritum, ità ut mulier præferatur deponenti, quo, nescio an quid posset dici iniquius, cùm res deposita nec eminus quidem possit dici esse in bonis mariti. Unde rectè argumentatur universaliter Bacchovius *tr. de actionib. d. 6. ad th. 26.* In quibuscunque rebus penes maritum existentibus nulla contrahitur & contrahi potest utilis & efficax hypotheca & obligatio pignoris, in illis non potest

 test

test præferri mulier: atqui in rebus penes maritum depositis, sicut & commodatis, locatis, pignori datis, nulla consistere & contrahi potest pignoris obligatio; ergo in illis mulier præferri non potest. Quod autem pro suo fundamento Hunnius supponit, res depositas esse in bonis mariti, falsè simul ac verè respondet Harpprecht, dupondium videre, id esse falsissimum.

Et hæc de actione ex stipulatu de dote. in qua etiam illud specialiter introductum est, ut habeat locum non solùm quando dos consistit in re incertâ, sed etiam quando consistit in re certa, ut ex Mynsingero notat Casparus Manzius.

CONTROVERSIA XI.

Quibus Exceptionibus actio Dotis elidatur.

SVMMARIVM.

Actio Dotis eliditur Compensatione. 448.
Item exceptione doli ob rem evictam. 450.
Quando exceptio non numeratæ dotis opponenda sit. 451.

448. PRima exceptio est Compensatio, quæ datur Marito, ejúsque hæredi, ob impensas necessarias, utiles, voluntate mulieris factas: item ob res amotas, nonnunquam etiam ob commodatas, ut si res Mariti ipso invito mulier commodavit. Habentur hæc seqq. juribus. *l.* 1. *C. rerum amotarum.* [Compensationis æquitatem jure postulas. Non enim priùs exsolvi, quod debere te constiterit, æquum est, quàm petitioni mutuæ responsum fuerit: eò magis, quòd ea te persequi dicis, quæ divortii causâ amota quereris. Cùm igitur apud competentem Iudicem ex stipulatu conveniaris, apud eundem doce, tui juris res ablatas esse.] *Item L. 6. C. de Compensat.* ubi eadem ferè formalia habentur. quod autem hæc lex ampliùs habet, est, quòd neque scriptura, quâ cautum est acceptam esse dotem, obliget, si reverâ tradita dos non est. *l.* 15. §. 1. *ff. soluto Matr.* ibi. [Hæredi Mariti, licèt in solidum condemnetur, compensationes tamen, quæ ad pecuniariam causam respiciunt, proderunt, ut hoc minùs sit obligatus, veluti ob res donatas, & amotas, & impensas, morum verò coërcitionem non habet.] Id est, contra mores uxoris, cùm Maritus non objecerit, hæres mulieri objicere non potest. *l.* 12. §. 5. *ff. de act. rerum amot.* ubi de actione rerum amotarum dicitur, quòd hæredibus detur, & rei persecutionem contineat, adeoque non finiatur anno, sicut nec condictio furtiva. *l.* 5. *ff. de impensis in res dotales factis.* [Quod dicitur, necessarias impensas dotem minuere, sic erit accipiendum, non ut ipsæ res corporaliter deminuantur, ut puta fundus, vel quodcunque aliud corpus, etenim absurdum est deminutionem corporis fieri propter pecuniam: cæterùm hæc res faciet desinere esse fundum dotalem, vel partem ejus; manebit igitur Maritus in rerum detentione, donec ei satisfiat. Non enim ipso jure corporum, sed dotis fit diminutio: ubi ergo admittimus diminutionem dotis ipso jure fieri? ubi non sunt corpora, sed pecunia, nam in pecunia ratio admittit diminutionem fieri. Proinde si æstimata corpora in dotem data sint, ipso jure dos diminuetur per impensas necessarias.] Hæc illa lex. Quæ tamen limitationem accipiunt, nam de suo tenetur Maritus res dotales tueri, colere agros, reficere domos sumptu modico, colligere fructus, &c. Quæ limitationes habentur. *l.* 15. *eod.* ubi in fine additur. *Quæ autem impendia secundùm eam distinctionem ex dote deduci debeant, non tam facilè in universum definiri, quàm per singula ex genere, & magnitudine impendiorum æstimari possunt.* De utilibus impensis consensu uxoris factis, habetur. *l.* 8. *ff. de impensis in res dotales factis. Vtilium nomine ità faciendam deductionem quidam dicunt, si voluntate mulieris factæ sint.* De rebus donatis & amotis habetur. *l.* 7. §. 5. *ff. soluto. Ob donationes, item ob res amotas, ex his fructibus qui post divortium percepti sunt, compesationes fieri possunt.* & *l.* 15. §. 1. & l. 1. C. res amot. jam recitatis suprà. De commodatis habetur. *l.* 24. §. 6. *ff. soluto.* [Si uxor viri rem commodaverit, eáque perierit, videndum an compensationem hoc nomine pati possit, & puto, si quidem prohibuit eam Maritus commodare, statim deductionem fieri: si verò non prohibuit eam commodare, arbitrio judicis modicum tempus ei indulgeri cautionem præbenti.]

449. Circa hanc primam Exceptionem observandum est, non esse ex illis, quæ dantur, ubi actio non datur, quia Marito etiam actionum remedio succurritur ob impensas, nimirum 1. Condictione indebiti. 2. Rei vindicatione si res exstet, aut condictione si non exstet. 3. Interdum utili rei vindicatione. 4. Actione rerum amotarum. Primum habetur. *l.* 5. §. 2. *ff. de impens. in res dot. factis.* [Si dos tota soluta sit non habitâ ratione impensarum, videndum est, an condici possit id quod pro impensis necessariis compensari solet, & Marcellus admittit, compensationi esse locum. Sed etsi plerique negent, propter æquitatem sententia Marcelli admittenda est.] Secundum habetur. *l.* 5. §. *ult. cum lege seq. ff. de donat. inter virum & uxorem.* [In donationibus autem jure civili impeditis (qualis est inter virum & uxorem) hactenus revocatur donum ab eo ab eáve cui donatum est, ut si quidem exstet res, vindicetur, si consumpta sit, condicatur hactenus, quatenus locupletior quis eorum factus est. Quia quod ex non concessâ donatione retinetur, id aut sine causâ

aut

aut ex injusta causa retineri intelligitur, ex quibus causis condictio nasci solet.] Tertium habetur. l. 29. §. 1. & l. seq. ff. eod. *Si vir uxori lanam donavit, & ex ea lana vestimenta sibi confecit, uxoris esse vestimenta Labeo ait, utilem tamen viro competere* vindicationem. Quartum habetur toto titulo Digestorum & Codicis, *de actione rerum amotarum.* & aliquid dictum est in tr. 1. cùm ageretur de actione furti, & Condictione furtivâ.

450. Secunda Exceptio quæ Marito competit, est Exceptio doli ob rem evictam. *l. 49. §. 1. ff. soluto.* ibi. *Paulus respondit prædio evicto sine dolo & culpa viri pretium petenti mulieri doli mali exceptionem obesse. Consequi enim eam pretium fundi evicti evidens iniquitas est, cùm dolus patris ipsi nocere debeat.* Eadem exceptio doli datur propter expensas factas l. 23. ff. eod. *Et si quid in eam dotem impensum est, nec à muliere reddetur, per doli mali exceptionem servabitur.* Datur tertiò, ob rem uxori à Marito pro dote legatam, legato accepto. *l. 46. ff. eodem* per argum. à contrario. *Qui dotem stipulanti uxori promiserat, eidem testamento quædam legaverat, ita tamen, ne dotem ab hæredibus peteret, ea quæ legata erant, uxor capere non potuerat. Respondi dotis actionem mulieri adversùs hæredes non esse denegandam.* Ergo si legato capto adhuc dotem peteret, posset exceptione doli summoveri.

451. Tertia Exceptio est non numeratæ dotis. hæc exceptio opponenda est à Marito ejúsque hærede contra uxorem infra annum, si intra biennium Matrimonium dissolvatur, infra tres menses verò, si ultra biennium usque ad decem annos protendatur: Quodsi decennium effluxerit, omnino sublata erit hæc exceptio. *Auth. quod locum. C. de dote cauta, non numerata.* [Quod locum habet, si intra biennium solvatur Matrimonium, si autem ultra biennium usque ad decimum annum extendatur, & ipsi Marito & hæredi ejus intra 3. menses querela permittitur, sed si decenniũ transcurrerit, querela denegatur permissâ restitutione in integrum præfinitâ, & specialiter si minor ætas interveniat.] Cessat tamen hæc exceptio. 1. Si per Maritum steterit, quominus dotem sibi promissam exigeret, cùm tamen posset. *l. 33. ff. de Iure dot.* [Si extraneus sit qui dotem promisit, isque defectus sit facultatibus, imputabitur Marito cur eum non convenerit, maximè si ex necessitate, non ex voluntate dotem promiserat, nam si donavit, utcunque parcendum Marito, qui eum non præcipitavit ad solutionem, &c.] 2. Cessat, si dotem, licèt cautam sive promissam tantùm, tulerit acceptam. *l. 49. eod.* ibi. *cùm verò acceptam* (dotem promissam) *fecit, omnimodo ad eum periculum pertinebit, perinde enim est, acsi acceperit pecuniam, & eandem promissori donaverit.* 3. Cessat, si soluto Matrimonio per annum tacuerit, neque eam opposuerit. *l. 3. in fine. C. de dote cauta non numerata.* ibi. *ut intra annum tantùm continuum à morte Mariti, vel mulieris, vel missione repudii computandum ea licentia detur.*

452. Quarta exceptio posset hîc poni, quæ competit conjugi ob adulterium ab altero conjuge commissum, ex quo lucratur dotem, vel contradotem. Verùm de hoc egi tract. 2. de Pœnis adulterii.

CONTROVERSIA XII.

In qua residua quædam dubia circa Dotem & Matutinalem Donationem expediuntur.

SUMMARIUM.

AN dos data ab extraneo contemplatione patris sit adventitia. 453.
An privilegia dotis conveniant rebus ex pecunia dotis emptis, aut commutatis æstimatis. 454.
Quænam res possint in dotem dari. 455.
Quid juris, si pater uni ex filiabus ultra patrimonii vires in dotem dedit. 456.
An valeat promissio dotis incertæ. 457.
Quænam pacta dotalia prohibita sint. 458.
De Iure Canonico possunt firmari juramento. 459.
An dos exigenda in loco contractus facti. 460.
Apud quem Iudicem, sæcularem, an Ecclesiasticum causa dotis agenda sit. 461.
An Morgengeba solis Virginibus competat. 462.
An de hoc dono possit mulier liberè disponere etiam pro liberis secundi Matrimonii. 463.
An, & à quo quantitas hujus doni taxetur. 464.
An etiam ratione hujus doni habeat tacitam hypothecam. 465.

453. QUÆRITUR ergo 1. An illa dos, quæ datur ab extraneo filiæ contemplatione patris, sit dos profectitia, an adventitia. Profectitia comprehenditur in *L. 5. pr. & §. 1. ff. de Iure dot.* [Profectitia dos est, quæ à patre vel parente profecta est de bonis vel facto ejus: sive igitur parens dedit dotem sive procurator ejus, sive jussit alium dare, sive cùm quis dedisset negotium ejus gerens parens ratum habuerit, profectitia dos est.] Adventitia dos dicitur, quam dedit extraneus seu quis alius præter parentem paternum. *L. 16. C. de Iure dot.* ℞. Esse profectitiam. Ità communis, contra Emanuelem Mendez. *ad L. cum oportet. C. de bonis quæ lib. n. 7.* Habetur expressè in *L. 5. §. 2. ff. de Iure dot. Quodsi quis patri donaturus dedit, Marcellus l. 6. digest. scribit, hanc quoque à patre esse profectam, & est verum.*

454. QUÆRITUR 2. An privilegia dotis conveniant rebus ex pecunia dotis emptis, aut permutatis cum rebus dotalibus, æstimatis æ-

 stima-

ſtimatione faciente venditionem. ℞. Ex ſuprà dictis, eatenus illis privilegiis gaudere, ſi maritus ſolvendo non ſit, tunc enim utili actione vindicari poſſunt, ut ſuprà dictum.

455. QUÆRITUR 3. Quænam res poſſint in dotem dari. ℞. Poſſe dari res omnes quæ in commercio ſunt, etiam incorporales, ut hæreditas, obligatio ſive nomina, uſusfructus, quo in dotem conſtituto non tam ipſi fructus, quàm ipſum jus in dotem datum cenſetur: atque ut uſusfructus, ſic etiam nuda proprietas dari poteſt, cui ſi uſusfructus poſtea ex alio titulo accedat, conſolidatione totum erit dotale. *L. 18. C. de Iure dot.* [Si ſocrus tua fundum deducto uſufructu uxori tuæ donavit, tibique in dotem uxor quidem proprietatem, ſocrus autem uſumfructum dedit: uxore tuâ rebus humanis exemptâ, fundum apud te remanſiſſe ſecundùm placiti inter vos fidem non ambigitur.]

456. QUÆRITUR 4. Quid Iuris ſit, ſi pater uni ex filiabus ultra patrimonii vires in dotem dedit? ℞. Factum ſuum ipſe revocare non poteſt, reliquis tamen liberis datur querela inofficioſæ dotis. *L. un. C. de inoff. dotibus.* [Cùm omnia bona à matre tua in dotem dicantur exhauſta, leges legibus concordare promptum eſt, ut ad exemplum inofficioſi teſtamenti adverſus dotem immodicam exercendæ actionis copia tribuatur, & filiis conquerentibus emolumenta debita conferantur.]

457. QUÆRITUR 5. An valeat promiſſio dotis incertæ, nullam rem, aut quantitatem deſignando; ſed in genere, ſe dotem daturum. Diſtinguendum eſt. aut dotis hujusmodi promiſſio in boni viri arbitrium relata eſt, nempe quod ille dandum arbitrabitur, aut non: in priore caſu ſubſiſtit dotis promiſſio. *L. 3. C. de dot. promiß. & nuda ſtipul.* [Si cum ea, quæ tibi Matrimonio copulata eſt, nuberet, is cujus meminiſti, dotem tibi, non additâ quantitate, ſed quodcunque arbitratus fuiſſet, pro ea daturum ſe ritè promiſit, & interpoſitæ ſtipulationis fidem non exhibet: competentibus actionibus uſus ad repromiſſi emolumentum Iure Iudiciorum pervenies, videtur enim boni viri arbitrium ſtipulationi inſertum eſſe.] Et ratio eſt, quia ſic deſinit dos eſſe incerta, nam arbitrium certum eſt. In ſecundo caſu ſubdiſtinguendum eſt. Vel enim pater mulieris dotem promiſit, vel alius extraneus. In priore caſu utilis eſt promiſſio. *L. 69. §. 4. ff. de Jure dot.* [Generà Socero dotem arbitratu Soceri certo die dari: non demonſtratâ re, vel quantitate ſtipulatus fuerat, arbitrio quoque detracto ſtipulationem valere placuit. *Et ſtatim occurritur objectioni: quæ fieri poſſet ex legato incerto.* Nec videri ſimile, quòd fundo non demonſtrato, nullum eſſe legatum, vel ſtipulationem fundi conſtatet; cùm inter modum conſtituendæ dotis & corpus ignotum differentia magna ſit: dotis etenim quantitas pro modo facultatum patris & dignitate mariti conſtitui poteſt.] In ſecundo caſu inutilis eſt promiſſio. *L. 1. C. de dot. promiſſione.* [Fruſtra exiſtimas, actionem tibi competere, quaſi promiſſa dos tibi nec præſtita ſit, cùm neque ſpecies ulla, neque quantitas promiſſa ſit, ſed hactenus nuptiali inſtrumento adſcriptum, quòd ea, quæ nubebat, dotem daturam promiſerit.]

458. QUÆRITUR 6. Quænam pacta dotalia prohibita ſint & improbata. ℞. 1. Quo de hæreditate vel tota vel parte aliqua alterius conjugis præmortui agitur. *L. 5. C. de pactis conventis.* ibi. [Cùm igitur affirmes, dotali inſtrumento pactum interpoſitum eſſe vice teſtamenti, ut poſt mortem mulieris bona ejus ad te pertinerent, quæ dotis titulo tibi non ſunt obligata, intelligis nullâ te actione poſſe convenire hæredes, ſeu ſucceſſores ejus, ut tibi reſtituantur, quæ nullo modo debentur.] 2. Reprobatur pactum, ut filia dote contenta nullum ad bona paterna regreſſum habeat. *L. 3. C. de collationibus.* [Pactum dotali inſtrumento comprehenſum, ut conventâ dote, quæ in Matrimonio collocabatur, nullum ad bona paterna regreſſum haberet, juris auctoritate improbatur, nec inteſtato patri ſuccedere filia eâ ratione prohibetur. Dotem ſanè quam accepit, fratribus, qui in poteſtate manſerunt, conferre debet.] 3. Reprobatur pactum, ut filia, non obſtante dote nihilominus ex æqua portione patri cum fratribus ſuccedat. *L. 15. C. de pactis.* [Pactum, quod dotali inſtrumento comprehenſum eſt, ut ſi pater vitâ fungatur ex æqua portione ea, quæ nubebat cum fratribus patris ſui eſſet, neque ullam obligationem contrahere, neque libertatem teſtamenti faciendi mulieris patri potuit auferre.] Et hæc quidem de Iure Cæſareo procedunt. Nam in Regionibus diverſis rata habentur hæc pacta, maximè inter Principes & Comites. ut de Germania, Italia, & Gallia reſtantur. AA.

459. De Jure Canonico etiam hujusmodi pacta juramento firmari poſſunt. *C. 2. de pactis in 6.* [Quamvis pactum patri factum à filia, dum nuptui tradebatur, ut dote contenta nullum ad bona paterna regreſſum haberet, improbet lex civilis: ſi tamen juramento, nec vi, nec dolo præſtito, firmatum fuerit ab eadem, omnino ſervari debebit, cùm non vergat in æternæ ſalutis diſpendium.]

460. QUÆRITUR 7. An ſicut debitum ex aliis contractibus inductum exigitur in loco quo contractus celebratus eſt, idem de dote dicendum ſit. ℞. Negativè. hæc enim in loco domicilii mariti tempore quo fuit celebratus contractus exigenda eſt. *L. 65. ff. de Iudiciis.* [Exigere dotem mulier debet ibi, ubi maritus domicilium habuit, non ubi inſtrumentum dotale conſcriptum eſt. nec enim id genus contractûs eſt, ut & eum locum ſpectari oporteat, in quo inſtrumentum dotis factum eſt, quàm eum

in

in cujus domicilium, & ipsa mulier per conditionem Matrimonii erat reditura.

461. QUÆRITUR 8. Apud Judicem Ecclesiasticumne, an sæcularem causa dotis agenda sit. Multi volunt, esse locum præventioni. Sed communior, & melior opinio apud Palao est, pertinere (*si per se & principaliter judicanda sit*) ad sæcularem judicem; ad Ecclesiasticum verò solùm ad supplendam negligentiam Iudicis sæcularis, vel quando accessoriè ad Matrimonium tanquam causam principalem judicatur. Colligitur ex toto titulo Digestorum & Codicis de Iure dot. & specialiter ex *lege* 14. *prope finem*. [Quodsi in Provinciis, vel non sit alius administrator civilis, vel militaris, vel propter aliquam causam difficile sit ei, qui memoratam querelam opponit, adire eum, &c. licentiam ei damus, per virum Reverendissimum Episcopum eandem suam exceptionem creditori manifestare, &c. Et ex cap. 3. de donat. inter vir. & uxor. ibi. Quia igitur vos, qui de Matrimonio principaliter cognovistis, & de dote (*quæ est causa incidens*) accessoriè cognoscere voluistis, & sententialiter definire, mandamus, &c.]

462. QUÆRITUR 9. Circa Matutinale donum, seu Morgengebam, an ea solis virginibus competat, vel etiam viduis. ℞. 1. In Hispania & Lusitania etiam viduis eam competere tradunt Ant. Gomez. Mol. & alii. ℞. 2. Iure Bavarico solis virginibus debetur. *L. R. tit.* 1. *a.* 1. & notat Arnoldus Rath. *th.* 7. *litt. C.* Balthasar *tit.* 2. *resol.* 1. *n.* 4. adeo quidem, ut huic Iuri uxor renuntiare non possit nisi in scripto, saltèm à duobus testibus extraneis sigillato. Hoc autem statutum, ut existimo, intelligendum est de illis, quæ saltèm communi existimatione & famâ pro virginibus habentur, ut oppositum non constet, quidquid à parte rei sit, alioquin esset ansa non paucorum scrupulorum, quia non paucæ acciperent nullo jure, cùm Maritus non aliter velit transferre dominium, quàm in quantùm id requirit statutum.

463. QUÆRITUR 10. An hujus doni dominium ità transeat ad uxorem, ut de illo possit liberè disponere etiam pro liberis secundi Matrimonii, si ad secunda vota transiret, vel an teneatur quoad proprietatem illud integrè reservare liberis prioris Matrimonii. Est diversa AA. opinio. Franciscus Balthasar vult posse liberè disponere, & pro se citat Lupum valasq. & nostrum P. Molinam *tr.* 2. *d.* 431. Sed reverâ Molina non habet in sensu hujus Auctoris. Contrarium tenent Molina Jurista, Gutierez & alii apud nostrum Mol. Sed de hoc fortè infrà redibit sermo.

464. QUÆRITUR 11. An & à quo quantitas hujus doni taxetur. ℞. Jure Bavarico relinquitur arbitrio Mariti, à quo etiam ex usu communi potest deinceps augeri. Si tamen Maritus nullam determinaret, ad Iudicem spectaret determinare, cui tamen non licet ultra tertiã partem bonorum Marito ab uxore allatorum (hoc est dotis, ut interpretatur Balthasar) taxare. *L. R Tit.* 1. *a.* 1. Unde infertur, quòd si dos promissa, non tamen soluta integrè fuit, Maritus quoque compelli non possit ad majorem quantitatem Morgengebæ, quàm quæ non excedat tertiam partem dotis solutæ, nam illud solum quod solutum est, dici potest allatum Marito. Ususfructus ejusdem est penes Maritum. *L. R. Tit.* 2. *a.* 5.

465. QUÆRITUR 12. An sicut ratione dotis, ità ratione Morgengebæ habeat uxor tacitam hypothecam in bonis Mariti. ℞. Uxor ratione morgengebæ habet hypothecam Iure Bavarico in omnibus bonis Mariti, quamdiu Maritus hypothecam non constituit in bonis certis. Hæc tamen hypotheca non gaudet jure prælationis. *Gandt Procefs* tit. 2. a. 11.

QUÆRITUR 13. An res in morgengebam data possit à Marito saltèm consentiente uxore alienari & oppignorari, aut econtra. ℞. 1. Affirmativè. Si tamen (de Iure Bav.) præter uxoris consensum accedat sigillatio alicujus habentis potestatem in rebus alienis sigillandi: vel si uxor per annum & diem alienationi, vel oppignorationi (cujus conscia sit) non contradicat. *Balthasar resol.* 4. ℞. 2. Uxor potest etiam inter vivos (*Iure Bav.*) morgengebam alienare, & Maritus consensum præstare debet. *L. R. Tit.* 2. *a.* 7.

CONTROVERSIA XIII.

De Pœnis secundarum Nuptiarum.

SUMMARIUM.

466. QUæ de secundis Nuptiis in Iure traduntur, habent affinitatem aliquam cum Iure dotium, aliisque de quibus hactenus actum est, & ideo non pigebit aliquid de his addere.

DICENDUM 1. Pœnæ propriè dictæ, quibus antiquo Iure Cæsareo afficiebantur binubæ intra annum luctûs, hodie cessant, tam Ecclesiastico quàm sæculari Iure. Ecclesiasticum Ius exstat. *cap. fin. de secundis Nuptiis. Non debet legalis infamiæ sustinere jacturam.*

467. Dices, his verbis solam pœnam infamiæ tolli: ergo reliquæ manent. ℞. Et auctoritate DD. & praxi hæc verba etiam ad reliquas pœnas meritò extendi, quia ratio tollendi infamiam, est etiam ratio tollendi reliquas pœnas, nempe libertas Matrimonii, quam Apostolus Paulus indulget. *Covarr. in tit. de secund. Nup. p. 2. c. 3. §. 9. n. 7. & seqq.* Iure sæculari idem receptum est, cùm leges non dedignentur Sacros Canones imitari. & in hac materia maximè, quæ ratione Sacramenti, & periculi animæ, ad forum Ecclesiasticum spectat, cui Ius civile subordinari debet.

468 Hujusmodi autem pœnæ fuerunt præter infamiam. 1. hæreditatis capiendæ, legati, fidei commissi, aliorúmque ultimâ voluntate relinquendorum incapax fuit: & quæ sic relicta erant, ad hæredes pertinebant, vel collegatarios aut substitutos, &c. Iure accrescendi, vel substitutionis; nisi infamia fuisset rescripto Principis abolita. *Nov. 22. 2.* Lucra, quæ ex suprema viri voluntate jam acceperat, contractis nuptiis intra annum luctûs ei tanquam indignæ auferebantur, & ob factam priori marito injuriam post prælatas decem personas, in fiscum transferebantur. 3. In secundum maritum ultra tertiam partem bonorum titulo lucrativo conferre non potuit. 4. Hæreditates ab intestato non ultra tertium gradum poterat vindicare. Hæ pœnæ continentur. *l. 1. C. de secund. nupt.* [Si qua mulier nequaquam luctûs religionem priori viro nuptiarum festinatione præstiterit, ex jure quidem novissimo fit infamis, præterea secundo viro ultra tertiam partem bonorum in dotem non det, neque ei ex testamento plus quàm tertiam partem relinquat. Omnium præterea hæreditatum, legatorum, fideicommissorum, supremâ voluntate relictorum, mortis causâ donationum, sit expers: hæc námque omnia ab hæredibus, vel cohæredibus, aut ab intestato succedentibus, vindicari jubemus, &c. his etiam amittendis, quæ prior maritus ei supremâ voluntate reliquerit: quanquam hæc quæ mulieri à priore viro relinquuntur, & per inmaturum Matrimoniũ vacuata esse cæperunt, primò à decẽ personis edicto prætoris enumeratis, id est ascendentibus & descentibus, ex latere autem usque ad secundum gradum, scilicet gradibus servatis, deinde præsumi à fisco jubemus. Eandem quoque mulierem infamem redditam hæreditates ab intestato, vel legitimas, vel honorarias non ultra tertium gradum sinimus vindicare.] Hæ inquam pœnæ non ampliùs incurruntur per secundas nuptias, etiamsi eâ parte anni celebrarentur, ut prudenter dubitari posset an proles concepta sit prioris, vel posterioris mariti, ut communiter tradunt Canonistæ.

469. Dubium tamen est, an hæ pœnæ etiam cessent in vidua intra annum luctûs libidinosam vitam ducente. Affirmat cessare Corneus *ad L. fideicommissum. n. 4. v. ex prædictis. C. de fideicom.* Alii communiter negant cessare. Neque enim SS. Canones ejusmodi pœnas abolendo Luxuriæ favere voluerunt, sed soli nuptiarum libertati, & periculo incontinentiæ. Huc facit Novella. 39. c. 2. prope finem. [Si quid tale contigerit, modis omnibus eam privari antenuptiali donatione, & secundùm proprietatem & secundùm usum, subdendam quoque omnibus aliis pœnis, acsi secundas eam contigisset ante luctûs tempus celebrâsse nuptias. Non enim aliquid ampliùs habet castitate Luxuria, &c.]

DUBITATUR tamen, utrum ad has pœnas incurrendas requiratur consuetudo & frequentia fornicationum. Ratio dubitandi est, quia DD. videntur requirere vitam inhonestam, quæ videtur importare consuetudinem. Nihilominus communis est DD. sententia, sufficere unicam fornicationem. Nam dicta Novella plures non requirit, sed dicit eas pœnas infligi *propter stuprum.* Et hoc esse indubitatum ait Acosta *in cap. Si Pater. n. 41. de testam. in 6.*

470. Pu-

470. Putârunt etiam aliqui, requiri partum, propter verba dictæ Novellæ. *Unde sancimus, si quid tale contigerit, & ante luctûs tempus peperit Mulier.* Verùm ex adjectis verbis constat, ex qua causa mentio fiat partûs; additur enim: *Circa terminum anni, ut indubitatum sit, sobolem non ex priori constare Matrimonio.* Ecce! solùm assumitur, ut signum factæ fornicationis, quæ plerumque non manifestatur nisi per conceptum, & uterum. Quodsi aliunde constaret de fornicatione etiam non prolificâ, utique delictum non minueretur ex eo, quòd impraegnatio non sit secuta.

Sed quidsi fornicetur mulier post annum luctûs? ℞. Tunc non incurret illas pœnas, quæ paulò antè enumeratæ sunt, sed illas, seu potiùs illis favoribus privabitur, quibus privantur viduæ nubentes post annum luctûs. de quibus infrà.

471. DICENDUM 2. Sunt adhuc aliæ pœnæ secundò nubentibus (sive ante sive post annum luctûs) impositæ, non quidem in odium nuptiarum, sed ex provisione, & ad utilitatem liberorum ex prioribus nuptiis susceptorum. quare hæ pœnæ solùm locum habent si exstiterint liberi prioris matrimonii. De his pœnis triplex diversum Ius exstat, sed solum tertium & ultimum est attendendum. Primum habetur sub titulo Codicis de secundis Nuptiis, & in lege 5. *C. ad S. C. Tertul.* [Mater quæ defuncto filio filiævè sine liberis ex testamento vel ab intestato succedit, si matrimonium secundum post mortem filii vel filiæ non contraxerit, omnia filii seu filiæ morte delata vel derelicta pleno jure acquirat. Sin verò alterius mariti conjugium elegerit, extrinsecùs quidem quæsita filio filiævè simili firmitate possideat, rerum verò paternarum defuncti solo usufructu humanitatis contemplatione potiatur, proprietatem & sororibus & fratribus transmissura defuncti.] & *l.3.C.h.t. sic statutum erat.* Fœminæ quæ susceptis ex priore matrimonio filiis ad secundas transierint post tempus luctûs nuptias, quidquid ex facultatibus priorum maritorum sponsalium jure, quidquid etiam nuptiarum solennitate perceperint, aut quidquid mortis causâ donationibus factis aut testamento jure directo, aut fideicommisso, vel legati titulo, vel cujuslibet munificæ liberalitatis præmio, ex bonis priorum maritorum fuerint consecutæ, id totum, ità ut perceperint integrum ad filios quos ex præcedente conjugio habuerint, transmittant, &c.] Deinde permittitur mulieri, ut possit uni soli filio reservare, cæteris tamen legitimam habentibus.

472. Secundum & recentius jus habetur Novellâ 2. c. 1. & Auth. lucrum. h. t. ubi corrigitur id quod ultimo loco statutum erat in præced. l. 3. his verbis. *Lucrum hoc æqualiter inter liberos lege distribuitur, nec arbitrio parentis permittitur.* Quin etiam ad eos filios hoc jus pertinet, qui defuncti parentis hæreditatem repudiàrunt. Auth. *Hæ res h. t.* *Hæ res lucro cedunt liberis, licèt hæredes non sint patris aut matris, aut utriusque, nisi fuerint ingrati, & probetur ingratitudo.* ità ut hos defunctos filii relicti repræsentent, & eam partem auferant, quam abstulisset eorum parens si vixisset. *l. 7. & 8.* nam hæc lucra non ex successione, sed ex legis beneficio tanquam æs alienum liberi consequuntur, exclusis liberis secundi matrimonii. *Auth. ad eos h. t. Ad eos solos, etiam nunc pertinet: & si quis ex eis præmoritur, relictâ sobole portio ejus ad eum defertur.*

473. Tertium jus, hodie observandum habetur Nov. 22. cap. 23. *Si verò exspectet quidem tempus mulier, & propterea effugiat prædictas pœnas* (quas diximus esse abrogatas) [ad secundum verò veniat matrimonium priores negligens nuptias: si quidem non habeat filios (dicatur etiam denuò) sine periculo est totum hoc. Si verò sit soboles, & filios ex hoc exhonoratos viderit lex: tunc omni largitate à viro ad eam veniente, eam secundùm proprietatis privat partem, solum ei derelinquens usumfructum. Et hæc sancita sunt etiam super antenuptiali donatione, & super omni largitate, sive cùm viveret, à viro ad eam veniente, aut etiam ex testamento, aut mortis causâ donatione, sive institutionis sit pars, sive legatum, sive fideicommissum. Et generaliter dictum est, quòd omnis eam deserit proprietatis modus, in iis quæ à priori viro in eam venerunt, & filii eâ percipient, & proprietatis erunt domini, secundùm tempus mox quo mater conjuncta est alii viro. Et hæc communis mulieris & viri mulcta sit posita. nam si ille filios habens secundam eis superinduxerit uxorem, non ex dote fruetur lucris secundùm proprietatis rationem, &c.]

474. Quidquid ergo binuba à marito lucrata esset, si vidua mansisset, illius proprietatem amittit, ut in textu habetur, usufructu ad dies vitæ retento. Eorum verò, quæ à marito titulo oneroso consecuta est, etiam proprietatẽ retinet. inter hæc bona rectè numerantur & illa, quæ constante matrimonio communi labore & industriâ, v. g. negotiatione acquisita sunt: talia enim lucra non censentur ab uxore acquisita titulo lucrativo, sed potiùs oneroso.

475. Valde controversum est 1. An inter lucra à marito acquisita numeranda sint illa, quæ donantur uxori contemplatione mariti, quemadmodum suprà dictum est, ad bona profectitia pertinere, quæ donantur filio intuitu patris. Affirmat communis sententia, quam sequitur Fachineus *lib. 2. c. 15. n. 10.* Iulius Clarus §. *donatio. q. 10.* Thomas Sanchez *de Matrim. l. 6. d. 26. n. 21.* Mihi tamen negativa verior videtur, quam tenet Arnoldus Rath. *de secund. Nupt. p. 1. th. 31.* Ratio est, quia licèt mulier subjecta sit marito quoad effectus matrimoniales, non est tamen sub patria potestate constituta, sed est sui juris. Unde

Unde ſicut quod quis mihi donaret intuitu amici mei, quem ſibi vellet aliquis hoc modo demereri, nemo diceret, illud acquiri amico, & ab illo ad me pervenire, ità nec quod mulieri donatur intuitu mariti, non dicetur priùs eſſe in bonis mariti, & inde ad uxorem venire. Sic etiam quæ Legatis donantur intuitu principum, non dicuntur donari Principibus, & ab illis ad legatos pervenire. Aliud enim eſt, aliquid fieri mihi: & aliud fieri intuitu mei, loquendo civiliter & in ordine ad comparandum dominium; quidquid ſit de æſtimatione affectûs, quo ſenſu Chriſtus dixit: *quæcunque uni ex minimis meis feciſtis, mihi feciſtis.*

476. Objicit Bartolus 1. paritatem cum arrogato, cui ſi quid datur intuitu arrogatoris, tanquam amici aut cognati, cenſetur arrogatori acquiri, idque colligit ex l. 10. §. *6. ff. de Vulg. & pupill. ſubſtit.* ubi dicitur. *Ego etiam ampliùs puto, & ſi quid beneficio arrogatoris acquiſivit, & hæc ſubſtitutum poſſe habere: ut puta arrogatoris amicus vel cognatus ei aliquid reliquit.* Ergo idem de uxore dicendum videtur. ℞. Negando paritatem. Diſparitas jam eſt indicata. Nam arrogatus eſt ſub patria poteſtate, cujus effectus eſt talis modus acquirendi, ut dictum eſt ſuprà. Alioquin dicendum eſſet, quòd etiam quæ filio emancipato donarentur intuitu patris, acquirerentur patri, quod ipſe Sanchez reputat abſurdum.

478. Reſpondet quidem Sanchez, inſtantiam hanc non eſſe bonam, nec eſſe paritatem inter emancipatum & uxorem: quia filius emancipatus & à patre ſeparatus fit perſona extranea, quem proinde ſcit donator nihil habere commune cum patre: conjuges verò ſunt una caro, ijsdem expenſis vivunt, & habent bonorum Societatem. Cùm ergo quæ uni donantur, cedant in utriúſque utilitatem, meritò in conjugibus conſideratur, cujus contemplatione donatum ſit, ad diſcernendum donantis animum, cui id acquiri voluerit. Sed contra eſt. quia etſi Iure Luſitano ſit Societas bonorum inter Conjuges, ea tamen non eſt Iure Cæſareo: nam quiſque conjugum ſuum patrimonium habet & retinet, ſicut filius emancipatus. Imò, quæ donantur Socio intuitu Societatis non propterea fiunt communia aut acquiruntur Societati, ſed propria efficiuntur ſocii, cui donata ſunt. L. 60. ff pro ſocio in fine. *Nam nec compendium, quod propter Societatem ei contigiſſet, veniret in medium, veluti ſi propter Societatem hæres fuiſſet inſtitutus, aut quid ei donatum eſſet.*

479. Controverſum eſt 2. An Conjunx pertranſitum ad ſecundas nuptias amittat etiam proprietatem illorum lucrorum, quæ aut vigore ſtatuti, aut reciproci pacti in caſum alterutrius præmorientis ſuperſtes ex bonis defuncti percipit. Negant poſt alios Thomas Sanchez *lib. 7. de Matr. diſp. 89. n. 81.* Caſtro Palao *d. 4. de ſponſal. puncto 13. §. 6. n. 2.*

480. Probabilius mihi videtur etiam illa amitti. Probatur. Binuba amittit lucra nuptialia ex pactis acquiſita, ut conſtat ex ſuprà dictis, & ex capite 1. Novellæ 2. atqui hæc pacta ſolent eſſe mutua & reciproca, ut patet etiam ex ſuprà dictis. Ergo etiam lucra ex reciprocis pactis amittuntur, & ſanè hæc reſolutio eſt conformis generalibus loquendi formulis Iuris. *L. 3. C. de ſecundis Nupt. pr. Quidquid ex facultatibus priorum maritorum ſponſalium Iure, quidquid etiam nuptiarum ſolennitate perceperit, &c.* Omnia hujuſmodi dicitur amittere. Neque fundamenta adverſariorum ullius ſunt momenti.

481. Objiciunt ergo 1. Quæ ſic acquiruntur, non ſunt mera lucra, ſed conventiones reciprocæ, aut quaſi permutationes quædam inter conjuges in caſum alterius præmorientis facta: ergo non amittuntur. ℞. Negando antecedens. Quòd enim uterque conjunx ſua bona committat fortunæ, quâ vel ipſe ex alterius bonis locupletetur, vel econtra, ſine jactura in propriis, non tollit rationem lucri, ut patet in illis, qui ludendo cum periculo perdendi lucrantur.

482. Objiciunt 2. Si donationes viciſſitudinariæ eſſent lucra, indigerent inſinuatione: atqui eâ non indigent, ut dicemus ſuo loco. Ergo, &c. ℞. Donationes viciſſitudinarias quæ ex utraque parte in actum rediguntur, non ſunt hujuſmodi lucra, de quibus nunc loquimur ut patet. Deinde falſum eſt, quòd hujuſmodi pacta dotalia non indigeant ullâ inſinuatione. nam licèt ex parte mulieris inſinuatio non ſit neceſſaria ad hoc, ut donationem ante nuptias etiam ultra 500. ſolidos ex pacto lucretur: ex parte viri tamen requiritur. Nov. 127. c. 2. *Illud quoque dignum correctione aliquâ judicantes* (nempe quod erat conſtitutum Nov. 119.) *ſancimus, neceſſitatem habere viros ipſos, aut etiam qui pro ipſis antenuptiales donationes ſcribunt, ſi quingentorum ſolidorum tranſcendit quantitatem, inſinuare eam in actis monumentorum, &c.* Denique non eſt bona conſequentia. Donatio reciproca non indiget inſinuatione. Ergo non eſt lucrum. Nam donatio infra 500. ſolidos etiam non indiget inſinuatione: & tamen eſt lucrum. Poterat etiam in conjugibus ex alio capite non requiri inſinuatio, etiamſi donatio ſit lucrum.

Objici poſſet 3. Hinc ſequi videtur, quòd per ſecundas nuptias etiam amitteretur Matutinale donum, quia etiam videtur habere rationem meri lucri. hoc autem eſt contra praxin. ℞. Negando ſequelam: reverâ enim eſt donatio onëroſa, quatenus prærequirit oblationem Virginitatis, necdum ſimpliciter debitam jure Matrimonii, cùm uxor habeat Iure Canonico adhuc duos menſes ad deliberandum: *C. ex publico. de converſ. conjugat.* Sanè niſi huc recurramus, (quod tamen ab aliis non video obſervatum) mihi non apparet, quomodo non ſit dona-

donatio purè liberalis: quandoquidem uxor vigore Matrimonii tenetur reddere debitum.

483. DICENDUM 3. Non solùm si nulli liberi unquam fuerunt suscepti, verùm etiam, si suscepti quidem, sed ante binubam defuncti sunt, cessant pœnæ, de quibus hactenus actum est. Probatur quoad secundum membrum (nam de primo nō est dubium, ob clara verba Iuris novissimi Nov. 22. sup. recitatæ) ex *L.* 3. §. 1. *C. de secund. Nupt.* ibi. [Omne his qui supererunt ex priore susceptis Matrimonio filiis relinquat. *Et clariùs Nov.* 22. *c.* 26. Si verò moriantur omnes, & rursus ad orbitatem causa veniat, tunc ex effectu ratum erit, quod alienatum est. *Quis* enim hoc etiam infringat, filiis (quibus videlicet solis hoc servavimus) non existentibus?]

484. Objiciunt tamen adversarii 1. *In lege* 3. *C. de secundis Nupt. pr.* ad pœnas secundarũ nuptiarũ incurrendas plus non requiritur, quàm ut liberi ex priore Matrimonio fuerint suscepti: atqui hoc totum verificatur, etiam si postea ante matrem mortui fuerint. Ergo hac morte non eximetur mater binuba ab his pœnis. ℞. Negando majorem. nam esto lex in pr. plus non dicat, postea tamen in sequentibus verbis (ut sup. relata sunt) satis apertè hoc dicit, sicut& alius textus Nov. 22. relatus, & alii mox referendi.

485. Objiciunt ergo. 2. Per secundas nuptias translata est proprietas in liberos tunc exstantes. Ergo debet eorum hæredibus reservari. Nam postquam semel est proprietate privata, non est cur ob mortem filiorum subsecutam consolidetur proprietas semel amissa cum usufructu retento. Ad hoc præclarè respondet Arnoldus Rath, consentaneè ad id quod in simili suprà respondi, nempe proprietatem non transiisse adhuc in liberos absolutè, sed conditionatè, sive proprietatem hac conditione affectam: *si liberi binubæ matri supervixerint: ut proinde ejusmodi lucrorum maneat causa in suspenso, sequentibus committenda fortunis, & aut perfectè ab initio infirmandâ alienatione,* si videlic. omnes liberi supervixerint, *aut perfectè valente*, si liberos nimirum omnes ante matrem mori contingat, ut habetur. *c.* 26. *Nov.* 22. *cit.* quemadmodum in simili suprà ex *Inst. quib. modis patria pot. solvatur.* §. *si ab hostibus* dicitur, jus patriæ potestatis, *patre capto, in suspenso esse.* pari modo diximus de fructibus à bonæ fidei possessore perceptis Dominum eorum esse *Interim*, & revocabiliter, dum rem ipsam bonâ fide possidet.

Quæ dicta sunt, procedunt non solùm si liberi morte naturali, sed etiam si morte civili per professionem in Religione successionis incapaci, matris mortem prævenerunt, ut constat ex dictis cap. 1. hujus Tractatûs.

486. DICENDUM 4. Intra lucra per secundas nuptias amittenda non venit ususfructus, si quem uxor à marito habuit. & hoc quidem ex jure novissimo Nov. 22. c. 32. ibi. [Ante nos quidem (*inquit Imperator*) dicebat lex, si ad secundas veniret nuptias, aut pater, aut mater, statim relicto usu cadere, sicuti priùs cadebat proprietate, & repente illum filiis restitui. Nobis autem non satis hoc placuit, sed volumus manere sic quoque usum, donec superfit, qui hunc habet usum fructum.] Hac novellâ corrigitur illud quod habetur lege un. C. *Si secundò nupserit mulier cui maritus usumfructum reliquit.* In Authentica verò statim subjecta ponitur exceptio ab hac correctione, nempe quòd mulier amittat usumfructum, *si à marito eâ lege concessus fuit, ut ex secundis nuptiis interiret.*

487. DICENDUM 5. Si maritus, aut liberi expressè renuntient juri suo, mulier per secundas nuptias non amittit proprietatem lucrorum prædictorum. Ità communissima contra Giphanium *ad L. hac edictali. C. de secundis nup.* Ratio desumitur ex Regula generali, quòd quilibet possit juri suo & favoribus renuntiare. Neque obstat ratio Giphanij, quòd hæ pœnæ sint legitimæ, & propterea à privatis non remittendæ. ℞. enim, non habere ampliùs rationem pœnæ, certè non pœnæ puræ, sed potiùs rationem provisionis & favoris filiis collati.

488. DICENDUM 6. Consensus tamen tacitus, consistens in eo, quòd liberi non contradicant nuptiis secundis, non sufficit, ut censeantur juri suo renuntiâsse, & ut mulier etiam proprietatem lucretur. Ità communis contra Decium & Menochium. Ratio est, quia, ut optimè notat Arnoldus Rath. th. 65. alioquin nunquam, aut rarissimè legibus de secundarum nuptiarum pœnis locus esset, quia rarò liberi apertè contradicunt, aut ignorant hujusmodi nuptias. Confirmabitur hæc conclusio à fortiori in seqq.

489. DICO 7. Probabilius mihi est, quòd filii ne quidem per expressum consensum in nuptias (non appositâ expressâ renuntiatione) sibi in hoc puncto, & beneficio præjudicent. Ità contra communem antiquiorum (quos sequitur Sanchez *l.* 7. *de matr. d.* 89. *n.* 43. & Arnold. Rath, quamvis non sine formidine.) Franciscus Sarmientus, & Andreas Fachineus. *lib.* 3. *cap.* 65. & Antonius Perez. *in Cod. tit. de secund. nupt. n.* 20. Probatur imprimis hac ratione. Consensus expressus non est hoc ipso virtualis, multò minùs formalis renuntiatio beneficii, ut per se patet, nam adversarii fatentur, quòd possent liberi tali consensui adiicere protestationem, & reservationem proprietatis: & patet etiam ex eo, quod Iure Bavarico *L. R. Tit.* 40. *a.* 6. hoc expressè supponatur, dum ultra consensum requiritur expressa renuntiatio: ergo tali consensu non sibi præjudicant filii eo modo, quo præjudicarent, si expressè renuntiarent: nam quæ

Ddd sunt

ſunt ab invicem ſeparabilia, unum non eſt aptum cauſare totum effectum, quem utrumque ſimul cauſaret. Probatur. 2. Ex eo, quòd talis conſenſus in materia præſenti non debeat civiliter haberi pro conſenſu, ſed perinde ſit, ac non contradixiſſe. Nam(inquit Fahinęus)ità jure conſtitutum eſt, ut qui contradicendo actum impedire nequit, nullum conſentiendo ſibi paret præjudicium. *L. Cajus. ff. de Pignorat. act. L. quæ dotis. ff. ſoluto matrim.* Atqui liberi non poſſunt diſſentiendo nuptias impedire: ergo conſentiendo nullum ſibi præjudicium creant. Elegantiùs hanc rationem effert Sarmientus. Quid enim, inquit, commiſerunt filii, qui matris nuptiis conſentientes fecerunt id, quod jure divino & humano facere debuerunt? Matrimonio namque conſenſerunt, quod Apoſtolus approbat, Sacri Canones amplectuntur, & Ius Civile non impedit, quod ipſum ſi tanquam impij voluiſſent impedire, id efficere non potuiſſent: ſuccedit ergo regula: non contradicens actui, qui abſque eo geri poteſt, non cenſetur conſentire, ac nullum ſibi præjudicium parat.

490. Contra hanc rationem ingenioſè replicat & objicit inſtantiam Arnoldus Rath. Pater nequit impedire tutelam, veluti munus publicum filio delatam. *pr. Inſt. qui teſtam. tutor dari poſſunt. & princ. Inſt. de Excuſ. tut.* quia tamen non tenetur conſentire, per conſenſum ſuum ſibi in tantùm præjudicat, ut ex mala filii adminiſtratione in ſolidum conveniri poſſit, cùm aliàs, expreſsâ approbatione ceſſante, tantùm de peculio teneatur. *L. ſi filiusfam. ff. de tutelis. & L. Lucius Titius 21. ff. de adminiſtr. & periculo tutor.* ℞. Diſparitatem apparere ex legis verbis. ſic habet. [Si filiusfam. tutor à prætore datus ſit, ſi quidem pater tutelam agnovit, in ſolidum debet teneri, ſi non agnovit, duntaxat de peculio. NB. agnoviſſe autem videtur (*non quocunque conſenſu, ſed*) ſive geſſit, ſive gerenti filio conſenſit, ſive omnino attigit tutelam. (*ecce! loquitur de conſenſu in ipſos actus filii, illos approbando, & ſic aliquo modo ſuos faciendo, quid ergo mirum ſi inde in ſolidum teneatur?*) Vnde cùm quidam filio ſcripſiſſet, ut diligenter tutelam gereret, cùm ſcias (*inquit*) periculum ad nos pertinere, dixi, hunc quoque videri agnoviſſe: ſi ſolùm monuit filium, non videtur agnita.] Clariſſimè autem loquitur & rem totam declarat lex *Lucius*, ab adverſario citata. [Lucius Titius, Gaium Seium filiumfam. teſtamento filio ſuo tutorem dedit. Gaius Seius ſciente & conſentiente patre tutelam adminiſtravit: quæro an, defuncto Gaio Seio, actio tutelæ adverſus patrem ejus, & in quantum competat? Marcellus reſpondit, ſecundùm ea, quæ propoſita eſſent, actione de peculio NB. & de in rem verſo patrem teneri, nec multùm videri in hoc caſu facere patris ſcientiam & conſenſum ad obligandum eum in ſolidum (*quid clariùs dici poſſet?*) niſi fortè contutore, vel aliquo alio volente eum facere ſuſpectum, interceſſit, & quaſi in ſe periculum recepit.] Ecce! ad obligationem in ſolidum, requiritur talis conſenſus, qui habeat rationem fidejuſſionis. Nihil ſimile eſt in conſenſu filiorum in nuptias matris.

491. Urget idem auctor. Poſſent filii conſentire cum reſervatione expreſſa proprietatis. ℞. Ità eſt, ſed nego hoc eſſe neceſſe, quandoquidem nulla lex hoc requirit, & præterea ſolus conſenſus nec ex natura rei, nec ex ulla lege probatur præjudicare, ſicut filius non præjudicat ſibi, ſi matri nuptias gratuletur, quia hoc fit urbanitatis gratiâ, ut tradit hic ipſe auctor. Ità poterunt filii non tantùm urbanitatis gratiâ, ſed etiam utilitatis & lucri gratiâ conſentire, quia vident inde ſe lucrari proprietatem.

492. Objiciunt adverſarii. Filii ſuo conſenſu remittunt injuriam, quæ illis infertur per ſecundas nuptias: atqui ob ſolam hanc injuriam eſt conſtituta pœna amiſſionis lucrorum quoad proprietatem: ergo ſublatâ injuriâ tollitur ille effectus. ℞. Negando ſuppoſitum majoris. nam poſtquam ſecundæ nuptiæ ſunt ab Eccleſia canonizatæ, & ablata infamia, nulla ampliùs fit injuria filiis: (quomodocunque loquantur Iura Civilia) ergo nullam remittunt. Pari modo omnis pœna, ſub formali conceptu pœnæ ablata eſt, & ſolùm manet diſpoſitio ſub conceptu proviſionis, & favoris. Confirmatur ex eo, quòd ſi haberet rationem pœnæ, non deberet penitus ceſſare, quando nulli liberi exiſtunt, quia licèt tunc nulla fiat injuria liberis (ſi nulli unquam exſtiterunt) fit tamen injuria (ſi modum loquendi Iuris civilis attendere vellemus) marito defuncto, cujus animam contriſtari dicunt Iura Cæſarea: atqui tunc remittuntur hæ pœnæ, ut patet ex ſuprà dictis. non eſt ergo ampliùs habenda conſideratio injuriæ.

493. DICENDUM 8. Tenetur binuba etiam eorum bonorum proprietatem reſervare liberis ſuperſtitibus, quæ per ſucceſſionem liberorum prioris conjugii ab inteſtato ex bonis paternis accepit, ſecùs ſi ex teſtamento ſucceſſit, vel etiam donatione inter vivos accepit. Hæc habentur. *Nov. 22. c. 46. §. 1. & 2.* [Si igitur legitimè filius teſtatus fuerit, & relinquat matri ſubſtantiam, ſive partem ejus aliquam, hanc illa accipiat per ſcripturam, & habeat quod dimiſſum eſt, aut datum, & ſecundùm proprietatem & ſecundùm uſum. Sicut enim licebat relinquere alicui extraneorum, & nihil hæredi ſecundæ mulieris nocebant nuptiæ, ità & matri relinquens ſive inſtitutionem ſive legatum rectè relinquat & dominium & uſum, ſive ex rebus quæ extrinſecùs advenerunt, fuerit facultas, ſive ex paternis: nihil ex hoc fratribus contradicere valentibus. Si autem inteſtatus filius moriatur, jam ad

ſecun-

secundas veniente matre nuptias, aut postea veniente, vocetur quidem & ipsa cum filii aut filiæ fratribus secundùm nostram constitutionem ab intestato ad ejus successionem, sed quanta quidem ex paterna substantia ad filium pervenerunt, eorum solummodo habeat usum.]

494. Dixi: *quæ per successionem filiorum ex bonis paternis ab intestato accepit.* Unde controvertitur, quid dicendum sit, de illa quota quam filius accepisset ex successione fratris, quæ tamen originaliter fuisset in bonis paternis v.g. Fuerunt ex priore matrimonio tres fratres. Sempronius, Titius & Mævius. Sempronio mortuo Titius & Mævius unà cum matre ab intestato successerunt pro virilibus portionibus, singuli in 600. moritur deinde Titius, cujus hæreditas ad Mævium & Matrem devolvitur, adeoque ex illis 600. fraternis (quæ originaliter ponimus fuisse paterna) mater accipit 300. quæritur an horum 300. proprietatem amittat Mævio relinquendam, eò quòd originaliter proveniant ex bonis paternis. Affirmat Azebedo *apud Sanch. de mat. l. 7. d. 89. n. 22.* Negandum tamen est cum communi aliorum. Quia mulier non comparavit illa bona ex immediata filii Titii successione in bonis paternis, sed ex illius immediata successione in bonis fraternis, unde magìs ex substantia fratris quàm patris profecta censentur.

495. DICENDUM 9. Pro obtinendis his lucris post mortem binubæ datur imprimis liberis Rei vindicatio contra quemcunque possessorem hujusmodi rerum. l. 5. C. de secundis Nupr. ibi. *Exstantes ab omni possessore liberi vindicabunt.* & Nov. 22. c. 24. ibi. *Vindicabunt enim ea omnia filii.* Dixi. *post mortem binubæ.* cujus ratio redditur ex suprà dictis, quia liberi non habent proprietatem absolutè & irrevocabiliter, sed conditionatè & revocabiliter, nempe, si supervixerint matri. Ergo primùm post mortem matris habent vindicationem, quia tunc primùm habent dominium absolutum. Neque ad hanc actionem excludendam ullius præscriptionis, nisi tricennalis exceptio valet, & quidem eò tempore subducto, quo liberi vel impuberes, vel in patris potestate constituti fuerunt. *Nov. 22. c. 24. in fin.* ibi. [Non aliter excludendi nisi tricennale transeat tempus, incipiente filiis tempore currere, ex quo suæ potestatis apparuerint existentes aut facti.]

496. Datur præterea etiam Condictio ex lege, vel Condictio sine causa adversus alienantem illiúsque hæredes, ad eorundem æstimationem persolvendam. *L. 5. C. de secund. Nupt.* ibi. *ab Hæredibus ejus exigent, qui eas servare debuerunt.* Quia verò (ut benè discurrit Arnoldus Rath *parte 2. th. 23. de secund. Nupt.*) hæc actio, utpote non res ipsas, sed tantùm personam alienantis, & hæredum afficiens, facilè tam per bonorum distractionem, quàm per concurrentium aliorum creditorum prælationem inanis reddi posset, ideo pro majori securitate conceditur liberis hypotheca in facultatibus binubæ, non demum à tempore contracti secundi Matrimonii, sed *ex eo die quo eadem res ad eam* (binubam) *pervenit.* ut sic possint per hanc retrotractionem aliis creditoribus præferri. *L. 6. §. Omnibus. C. de secund. Nupt.*

497. Consulitur denique adhuc alio Iuris remedio quoad res mobiles, quas mulier à marito lucrata est. Eas enim æstimat arbiter electus à matre & liberis, qui postquam juratus indicaverit pretium justum illarum rerum, traduntur deinde res illæ mulieri, sed ità, ut satisdatione caveat, salva earum rerum corpora, vel pretium post mortem suam liberis esse restituendum, si liberi supervixerint. Quodsi mater nolit, aut non possit satisdare, debet earum rerum possessio transferri ad liberos prioris matrimonii, si quidem ipsi satisdederint, quanti res ab electo arbitro fuerint æstimatæ, ejus pecuniæ matri loco usufructûs, quot annis datum iri quatuor pro centum. Ità habetur in *L. 6. §. 1. C. de secund. Nupt.* ijsdem propè verbis. (hodie tamen in Imperio solvuntur quinque pro centum) ubi tandem additur: [Sin autem utraque pars prædictam fidejussionem dissimulaverit, aut fortè offerre nequiverit, eædem res apud mulierem usq; ad diem vitæ suæ manebunt.]

498. Porrò quia hæc lex solùm de matre loquitur, ne quis putaret, in patre binubo rem aliter se habere, maximè quòd filiis denegetur hypotheca in bonis patris binubi L. cùm oportet. §. 2. C. de bonis quæ liberis. ibi. *Non autem hypothecam filiifam. adversus res patris viventis adhuc seu jam mortui sperare audeant.* Ideo in *L. 8. §. in illo. 4.* declarat Imperator, quoad lucra liberis prioris matrimonii servanda nullum esse discrimen inter patrem & matrem ad secundas nuptias transeuntem. [Præcipimus exemplo matris, cujus res post secundas nuptias filiis ex priore matrimonio natis in hypotheca suppositæ sunt, ad conservanda eis lucra, quæ ex priore matrimonio ad eam pervenerunt, patris quoque bona, quæ habet, habiturúsque est, filiis ex priore matrimonio natis post secundas ejus nuptias ad ea conservanda, quæ ex eorum matre lucratus est, supposita esse.]

499. An autem pater etiam cautionem præstare debeat, ut paulò antè de matre dictum est, negavit Cujacius ad *l. 6. §. fin. C. de secund. nupt.* Sed immeritò & contra textus satis claros, quibus hic casus excipitur à privilegio patri cæteroquin concesso immunitatis à satisdatione. l. 6. §. 1. [In suprà dictis autem casibus fideicommissorum servandorum satisdationem cessare jubemus, si non specialiter eandem satisdationem testator exigi disposuerit, & NB. cùm pater, vel

 mater

mater secundis existimant nuptiis non abstinendum. (*Ecce! hunc casum exceptum!*) in his enim duobus casibus necesse est, ut eadem satisdatio pro legum ordine præbeatur.] Quæ constitutio confirmatur in Nov. 22. c. 41. ibi. *Nisi secundas pater contraxerit nuptias: sit enim & hæc secundò nubentibus pœna.* Et quamvis hoc loco sit mentio de satisdatione *legatorum servandorum causâ* liberis præstandâ, à fortiori tamen exigi poterit in lucris, in quibus pater & mater quoad cautionem æquiparantur in l. 6. cit. §. 1. ut vidimus.

500. DICENDUM 10. Mulier binuba non habet potestatem relinquendi per ultimam voluntatem, aut dotis nomine, alióve pacto posteriori marito plus quàm virilem partem seu portionem, juxta textum. *l. 6. pr. C. de secund. Nupt.* [Hac edictali lege in perpetuum valiturâ sancimus, si ex priore Matrimonio procreatis liberis pater, matérve ad secunda, vel tertia, aut ulterius repetiti Matrimonii vota migraverit, non sit ei licitum novercæ, vel vitrico, testamento, vel sine scriptura, seu codicillis, hæreditatis jure, sive legati, sive fideicommissi titulo, plus relinquere, nec dotis, aut antenuptialis donationis nomine, seu mortis causâ habitâ donatione conferre, nec inter vivos conscribendis donationibus, quàm filio, vel filiæ, si unus, vel una exstiterit. Quodsi plures liberi fuerint, singulis æquas partes habentibus, minimè plus, quàm ad unumquemque eorum pervenerit, ad eorum liceat vitricum, novercámve transferri. Sin autem non æquis portionibus ad eosdem liberos memoratæ transiverint facultates: tunc quoque non liceat plus eorum Novercæ, vel vitrico testamento relinquere, vel donare, seu dotis, vel antenuptialis donationis titulo conferre, quàm filius, vel filia habet, cui minor portio ultimâ voluntate derelicta, vel data fuerit, aut donata, ità tamen ut quarta pars quæ eisdem liberis debetur ex legibus, nullo modo minuatur, &c. Quam observationem in personis etiam avi, vel aviæ, proavi & proaviæ nepotum, vel neptium, item pronepotum, vel proneptium sive in potestate, sive emancipati emancipatæve sint, ex paterna, vel materna linea venientibus custodiri censemus. Sin verò plus, quàm statutū est aliquid Novercæ, vel vitrico relictum, vel donatum, aut datum fuerit, tanquam non scriptum, neque derelictum, vel donatum, aut datum sit, ad personas deferri liberorum, & inter eas dividi jubemus, omni circumscriptione, si qua per interpositam personam, vel alio quocunque modo fuerit excogitata, cessante.]

501. Quodnam verò tempus pro ponderando excessu inspiciendum sit, declaratur Nov. 22. c. 28. [Unde, ut non circa hoc erremus, tempus illud considerandum est, secundùm quod binubus moritur, & portio inde sumenda, & secundùm eam id quod plus est contemplantes auferre quod transcendit oportet, & filiis applicare: in omnibus talibus non ab initio donatio, aut scriptura respicienda, sed qui vocatur eventus considerandus est.]

Finge ergo maritum habentem in bonis 400. donâsse uxori, aut testamento legâsse 200. postea verò opes infortunio diminutas usque ad 200. superstite filio uxor non consequetur nisi 100. quia filius auferet 100.

Hinc autem notabile valde corollarium infert Arnoldus Rath. 3. *p. th. 6.* Nempe non esse restituendos fructus ex dotis excessu ultra virilem portionem secundo marito constitutæ perceptis, dum mulier binuba vixit. Nam cùm (ut suprà dictum) hujusmodi excessum filii non vindicent nisi mortuâ matre, & ideo ejus æstimandi gratiâ Patrimonium tempore mortis, non constitutæ dotis inspiciatur, subsistet usque ad mortem dos, quantacunque fuerit: ergo fructus ex eo percepti penes maritum pleno jure manebunt. Ratio ulterior est, quia potuisset binuba in vita sua augere Patrimonium eò usque, ut in sua donatione nihil excessisset.

502. DICENDUM 11. Potest tamen binuba liberis posterioris Matrimonii relinquere quantum voluerit, dummodo liberis prioris Matrimonii suam legitimam relinquat. Ratio est: tum quia hoc posset extraneo, cur non & liberis? tum quia ad hoc expressa licentia illis conceditur Nov. 22. cap. ult. ibi. *Nam si aliquem ex secundis habuerit nuptiis, aut etiam Primis ità festivum ità dilectum, ut velint præponere eum aliis in possessione, damus licentiam hoc agendi.* Ex quibus verbis apparet, non per modum legis obligantis, sed potiùs adhortationis & consilii dictum priùs esse ead. Nov. & eod. cap. *Non erit justum, ad secundam omnino declinare prolem, & quod ex lege est tantummodo relinquentes prioribus, alia omnia ad secundos deducere, sed aliquid & prioribus adjicere.* ubi vox. *Iustum.* idem est, quod *Decens*, & *conveniens*, sed non ex obligatione.

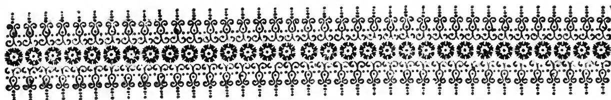
503. DICENDUM 12. Quammvis jure Codicis. *L. quoniam. C. de secund. nupt.* hujusmodi excessus marito secundo collatus ex æquo dividendus esset inter liberos tam posterioris quàm prioris Matrimonii, hoc tamen Iure Novellarum correctum est. Nov. 22. c. 27. his verbis. [Quod plus est in eo quod relictum, aut datum est, competit filiis, & inter eos solos ex æquo dividitur ut oportet. Nam quæ ex secundis nuptiis filios participari etiam horum scriptum quidem in quadam constitutione est (*nempe in L. paulò antè cit.*) non tamen etiam nunc nobis placet. Sed ea priori Matrimonio filiis propter quos & observatum est, detur solis.]

DICEN-

DICENDUM 13. Binuba non poteſt prætextu ingratitudinis revocare donationes filiis prioris Matrimonii factas niſi caſibus expreſſis *Nov.* 22. *c.* 35. [Mater tamen donans aliquid filio de ſuo, ſi ad ſecundas venerit nuptias, non poterit per occaſionem ingratitudinis revocare quod datum eſt. Non enim ex pura videtur voluntate ingratitudinem introducere, ſed ſecundas nuptias conſiderans ad hanc veniſſe cogitationem putabitur: niſi tamen apertè filius, aut circa vitam ipſam inſidians matri, aut manus inferens impias, aut circa ſubſtantiæ totius ablationem agens adverſus eam aliquid declaretur.] Hæc pœna non haberet locum vitrico defuncto, quia ceſſaret præſumptio allata in hac conſtitutione.

504. DICENDUM 14. Ea quæ hactenus dicta & Iure Codicis conſtituta ſunt, inducunt obligationem in conſcientia, nec ulla Iudicis ſententia exſpectanda eſt, quidquid dixerit P. Layman. *lib.* 5. *tr.* 10. *p.* 3. *c.* 6. *n.* 10. *v. Dico.* 3. Ratio patet ex dictis in tract. de Legibus Contr. 1. Quia hæ leges ex primaria ſua inſtitutione & legiſlatoris intentione favorem ſpectant non pœnam, & ideo ſimpliciter favorabiles ſunt, & quia ex verbis legum clarè conſtat, quòd dominia & proprietates ipſo jure attribuant liberis. & ità ſupponunt cæteri Theologi.





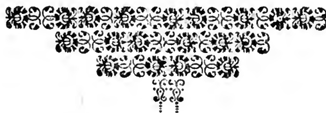
R. P. CHRISTOPHORI HAUNOLDI E SOCIETATE JESU,

TRACTATUS V.

DE MODIS ACQVIRENDI RERUM DOMINIA INDEPENDENTER AB ALTERIUS VOLUNTATE, TAM JURE GENTIUM, *Quàm* JURE CIVILI.



Modi acquirendi Dominium alii sunt de Jure Gentium, seu Naturali, alii de Jure Civili. §. *Singulorum. Inst. de rerum divis.* Prioris generis varii enumerantur: Occupatio, Nativitas, Alluvio, Specificatio, Confusio, Permixtio, Accessio, Ædificatio, Plantatio, Fructuum perceptio, Traditio, &c. Posterioris generis enumerantur: Usucapio seu Præscriptio, Donatio, Hæreditas, Legatum, Fideicommissum, Bonorum Possessio, Acquisitio per arrogationem, de quibus agit Iustinianus in Institutionibus à titulo 6. lib. 2. usque ad titulum 14. libri tertii. quò etiam pertinent Modi acquirendi per certa Contractuum genera. Sed nos hoc tract. tantùm de illis agemus, quibus acquirimus independenter à voluntate alterius, ut est Præscriptio, seu Usucapio, & Successio ab Intestato.



CAPUT

CAPVT PRIMVM.

DE MODIS ACQVIRENDI JVRE GENTIVM.

CONTROVERSIA I.

De Modo acquirendi per Inventionem, seu Occupationem.

SVMMARIVM.

Bona inventa alia habent, alia non habent Dominum. 1.
Ad acquirendum inventione requiritur corporalis apprehensio. 2.
Quæ nullius in bonis sunt, fiunt primò occupantis. 3.
Mineralia, &c. in loco communi reperta, Iure gentium inventori cedunt. 4.
Quandonam præsumi possit Dominus rem suam habere pro derelicta. 5.
Quomodo longinquitas temporis faciat rem esse sine Domino. 6.
Res à vero Domino pro derelicta habita, fit occupantis. 8.
Definitio Thesauri. 10.
Inventio Thesauri hodie magna ex parte est modus acquirendi Iure Civili. eod.
Quid circa Inventionem diversam Thesauri diversum statutum sit. 11.
Si inveniatur Thesaurus fortuitò in loco sacro, quid Iuris. 14.
Jura circa hoc punctum videntur pugnantia. 15.
Quid si Thesaurus inveniatur in fundo Vsufructuarii. 18.
An, si sciam Thesaurum latere in agro alieno, possim agrum emere eo solo pretio, quod valet secluso Thesauro. 19.
An saltèm ex æquitate dividendus. 20.
Quà actione consequi possit Dominus suam portionem. 23.
Inventor rerum amissarum tenetur adhibere media ordinaria ad agnoscendum Dominum. 24.
Quid Iuris, aut obligationis sit post factam inquisitionem Domini non reperti. 25.
Non videtur esse obligatio Iure naturæ, expendendi in usus pios. 26.
De PP. Mercenariis & Trinitariis. 31.
Bona incerta, sed non inventa aliqua debentur sine delicto. 33. *Alia ex delicto.* 34.
Non reputantur incerta, si constet deberi uni ex duobus aut tribus. 35.
Probabilius est, debita incerta ex delicto Iure naturæ esse pauperibus distribuenda, vel ad alios pios usus applicanda. 38.
Voluntas præsumpta Domini non est regula, aut ratio universalis. 41.
Ratio à priori præsentis obligationis. 43.

§. I.

De Inventione in genere.

1. Notandum 1. Bona quæ inveniuntur, sunt duplicis generis, aliqua in nullius unquam dominio fuerunt, vel certè si fuerunt, esse desierunt, eò quòd vel ob temporis longinquitatem, quo possideri desierunt, jam Domino careant, vel quòd ab ipso Domino pro derelictis sint habita. Alia sunt, quæ Domino non carent, licèt incognitus sit inventori: ut bona amissa.

2. Notandum 2. Ut quis dicatur aliquã rem invenisse, & inveniendo acquisivisse, non est satis, oculis primùm deprehendisse, sed requiritur insuper aliqua corporalis apprehensio, eo modo, quo illa res apprehendi solet. Vnde (ut benè notat Card. de Lugo) si duorum simul ambulantium alter gemmam prior videret, sed alter prior apprehenderet, huic esset adjudicandum dominium.

3. Notandum 3. Regulam generalem esse: Quæ nullius in bonis sunt, fiunt primò occupantis, si occupet animo possidendi ut suum, nisi à Republica alteri fuerint applicata, ut fit, quando bona vacantia, hoc est, relicta à defuncto non habente hæredem legitimum applicantur fisco: item cùm bona peregrini decedentis in hospitali sine hærede, per Episcopum loci ad pias causas applicantur, de quibus est Authentica: *Omnes Peregrini. C. communia de Successionibus.* [Omnes Peregrini & Advenæ liberè hospitentur ubi voluerint, & hospitati si testari voluerint, de

de rebus suis liberam ordinandi habeant facultatem, quorum ordinatio inconcussa servetur. Si verò intestati decesserint, ad hospitem nihil perveniet, sed bona ipsorum per manus Episcopi loci, si fieri potest, hæredibus tradantur, vel in pias causas erogentur. Hospes verò si aliquid ex talibus bonis contra hanc constitutionem nostram habuerit, Episcopo triplum restituat, quibus visum ei fuerit assignandum, non obstante statuto aliquo aut consuetudine seu privilegio, quæ hactenus contrarium inducebant.]

4. Hinc infertur, Mineralia Venásque Metallorum in loco communi repertas, jure gentium inventori cedere, non item si in fundo alterius privati reperiuntur, tunc enim Iure gentium cedunt Domino fundi tanquam fructus & pars fundi, sicut si ibi fons scaturiret, aut lapidicina vel creti fodina reperiretur. Defacto tamen, vel lege, vel consuetudine, talium Metallium repertorum magna pars Principi per modum Tributi cedit: de quo non possunt conqueri subditi, cùm spes hujusmodi inveniendorum non admodum æstimetur. De his exstat *Lex 3. C. de Metallariis & Metallis, &c. Cuncti qui per privatorum loca saxorum venam laboriosis effossionibus persequitur, decimas fisco, decimas etiam Domino repræsentet: cætero modo propriis suis desideriis vindicando.*

5. QUÆRITUR 1. Quandonam præsumi possit Dominus velle rem suam pro derelicta habere, si non constet expressè de animo illius. ℞. 1. Ad hoc non sufficere, quòd res in eum statum devenerit, ut nisi tu occupares, omnino periret, aut non posset moraliter ad suũ Dominum, sine majore sumptu quàm res ipsa valet, reverti. Si enim in tali casu tu rem occupes, teneberis, per se loquendo illam restituere, ità tamen ut Dominus tibi teneatur pro labore, periculo, &c. satisfacere, tibique negotiorum gestorum actio competat. ℞. 2. Utendum esse conjecturis ex circumstantiis, v.g. si Dominus, cùm facilè possit, non curat inquirere, si res non sit magni pretii, & ideo non videatur Dominus curam alicujus & sollicitudinem in ea restituenda exigere. Quo titulo possunt quandoque inventores à restitutione excusari.

6. QUÆRITUR 2. Quanta longinquitas temporis faciat, ut res, quæ Dominum habebat, incipiat in nullius bonis esse, cedátque inventori. Respondet Card. de Lugo, eam sufficere, quæ facit, ut non possit moraliter Dominus illam rem ut suam recuperare, eò quòd non possit exstare notitia Domini præteriti, & amissionis, unde nec hæredes unquam occasionem habebunt rem illam, ut suam, vindicandi: & sic Thesaurus dicitur in nullius bonis esse, quia deponentis & depositionis memoria non exstat.

7. Hæc responsio vera est, sed exigitur ulterior ratio cur hæc longinquitas sufficiat. Ratio ergo ultimata hæc esse videtur. Post tantam longinquitatem temporis fit, ut tale dominium nullius sit ampliùs æstimationis, & à nemine quocunque tandem pretio emeretur, nec Dominus bonâ conscientiâ vendere posset, quia plus acciperet quàm rei dominium possit æstimare in talibus circumstantiis, sicut nemo emeret thesaurum in fundo maris demersum: atqui dominium quod non est ullo pretio æstimabile in hujusmodi rebus corporalibus est omnino nullum: ergo post illam assignatam longinquitatem temporis, dominium extinguitur.

Hinc infero cum eodem Card. de Lugo, id quod de longinquitate temporis omnes admittunt, etiam ad alias circumstantias quoad hunc effectum æquivalentes esse extendendum. Sicut enim diuturnitas temporis tollit rei memoriam, ità loci distantia tollit possibilitatem recuperationis.

Itaque dominium non primùm extinguitur, quando alius occupat, sed postquam in eas devenit circumstantias, in quibus domino est impossibilis moraliter recuperatio. *l. 2. §. 1. ff. pro derelicto.* [Sed Proculus non desinere eam rem Domini esse, nisi ab alio possessa fuerit, Julianus, desinere quidem omittentis esse, non fieri autem alterius, nisi possessâ fuerit, & rectè.]

8. DICENDUM nunc est. Si res à vero Domino pro derelicto est habita, statim fit occupantis, si vult illius Dominus esse. Ità. *L. cit. & l. 4. §. 1.* [Id quod quis pro derelicto habuerit, continuò meum fit: sicut cùm quis æs sparserit, aut aves amiserit.] & ratio est, quia sive propriâ voluntate velit Dominus dominium à se abdicare (ut potest) sive res per se in eum statum veniat, ut desinat per se dominium, ut in casu amissæ avis, perinde res se habet, ac si nunquam in ullius dominio fuisset: ergo sicut tunc occupans fieret Dominus jure naturali, & gentium, ità etiam in casu quo dominium esse desijt. l. 1. eod. [Si res pro derelicto habita sit, statim nostra esse desinit, & occupantis statim fit: quia ijsdem modis res desinunt esse nostræ, quibus acquiruntur.] Nempe voluntate.

9. Objicies. Id quod primùm usucapiendum est, non fit statim occupatione nostrum. Atque res pro derelicto habita est usucapienda: ergo. Minor probatur ex l. 4. eod. [Id quod pro derelicto habitũ est, & haberi putamus, usucapere possumus, etiamsi ignoremus à quo derelictum sit. & l. 5. [Si id quod pro derelicto habitum possidebas, ego sciens in ea causa esse abs te emerim, me usucaptum constat, nec obstare, quòd in bonis tuis non fuerit.] ℞. In utráque lege sermonem esse de re pro derelicta habita ab aliquo qui non erat Dominus, v. g. qui sciens esse alienam noluit retinere, ne forsassis furti argueretur, &c. In tali casu potest

adhuc res habere antiquum Dominum, & consequenter opus est usucapione.

Dices. Quomodo ergo verum est, quod habetur l. 6.[Nemo potest pro derelicto usucapere, qui falsò existimaverit rem pro derelicto habitam esse?] ℞. Cum glossa: subintelligendum esse: nisi justus error interveniat. Alioquin enim deest bona fides.

§. II.

De Inventione Thesauri.

10. DEfinitur Thesaurus: vetus depositio pecuniæ, vel alterius rei mobilis, cujus non exstat memoria, ut jam Dominum non habeat. Ex qua definitione colligo, thesaurum desinere esse in dominio deponentis, non præcisè ex diuturnitate temporis, ut putabat Lessius. *c.* 2. *dub.* 15. *n.* 58. sed quòd deficiat deponentis memoria.

DICENDUM est, tametsi jure gentiũ Thesaurus plenè spectaret ad inventorem, qñocunq; modo & arte invenisset, cùm non sit fructus fundi, nec pars illius, sicut sunt venæ metallinæ, ideóque cederet primò occupanti, non minùs, quàm cederet gemma, quam aliqua avis ex littore maris eò deportâsset; nihilominus ex gravibus causis aliter disposuit Ius Civile, ut adeo Inventio Thesauri hodie magna ex parte sit modus acquirendi jure civili potiùs quàm Iure gentiũ. In Inst. de rerum divis. §. 39. sic habetur.[Thesauros, quos quis loco suo invenerit, divus Hadrianus naturalem æquitatem secutus ei concessit, qui eos invenerit. Idémque statuit, si quis in sacro, aut religioso loco fortuito casu invenerit. At si quis in alieno loco, non datâ ad hoc operâ, sed fortuitò invenerit, dimidium Domino soli concessit, & dimidium inventori. Et convenienter si quis in Cæsaris loco invenetir, dimidium inventoris, & dimidium Cæsaris esse statuit. Cui conveniens est, ut si quis in fiscali loco, vel publico, vel Civitatis invenerit, dimidium ipsius esse debeat, & dimidium fisci, vel Civitatis.] Hactenus Instit. In Codice L. un. de thesauris sic habetur. [Nam in suis quidem locis unicuique, dummodo sine sceleratis, ac puniendis sacrificiis, aut alia qualibet arte legibus odiosa, Thesaurum, (*id est condita ab ignotis Dominis tempore vetustiori mobilia*) quærere, & invento uti liberam tribuimus facultatem, &c. In alienis verò terrulis nemo audeat invitis, imò nec volentibus, aut ignorantibus Dominis opes abditas suo nomine perscrutati. Quodsi præter hujus legis tenorem in alieno loco thesaurum scrutatus invenerit, totum hoc locorum Domino reddere compellatur, & velut temerator legis saluberrimæ puniatur. (*quibus verbis videtur requiri sententia Iudicis*) Quodsi fortè, vel arando, vel aliàs terram alienam colendo, vel quocunque casu, non studio perscrutandi in alienis locis thesaurum invenerit, id quod repertum fuerit, dimidiâ retentâ, alterâ dimidiâ datâ cum locorum Domino partiatur, ità enim fiet, ut unusquisque suis fruatur, & non inhiet alienis.] Ità Imperator.

11. Possent autem hoc ordine comprehendi. Vel invenitur thesaurus mediis illicitis, vel licitis. si primum, cedit fisco quoad eam partem quæ alioquin ad inventorem spectâsset. Si secundum, iterum distinguendum est. vel enim invenit aliquis in agro vel solo proprio, & totus cedit inventori: vel invenit in solo alieno, & denuo distinguendum est: vel invenit & quærit sine licentia Domini, vel cum ejus licentia, si sine licentia, iterum distinguendum, vel enim invenit casu præter intentionem quærendi thesaurum, & tunc medietatem lucratur inventor, altera cedit domino fundi: vel ex industria quærit, & tunc totus cedit Domino loci. Quodsi cum consensu & præscitu Domini quæsivit, nihil tamen in pactum deducens quantum sibi, quantum Domino cedere debeat, tunc Sylvester & Navarrus volunt, in hoc casu totum esse inventoris, idem sentit Card. de Lugo, & probat hoc modo. Lex civilis de hoc casu nihil statuit: ergo relictus est juri naturæ & gentium, quo jure cedit inventori. Verùm Lugo vel non legit legem recitatam ex Codice (ubi casus apertè decisus est illis verbis prohibitoriis: *Imò nec volentibus.* & seqq. *Quodsi præter hujus, &c.* ex quibus constat esse reddendum Domino fundi) vel incidit in glossam Plateæ aut Gothofredi, qui, ut notat Ant. Perez illam legem corruptè legunt, dum volunt omittendam particulam: *imò.* Sed non rectè: sic enim idem bis diceret Imperator: qui enim invitus est, utique nec volens est. Quapropter Juristæ rectiùs resolvunt, saltèm per sententiam condemnatoriam totum cedere Domino fundi.

12. Quodsi thesaurus inveniatur in loco communi seu publico, cujus dominium speciale nullius est, ut in flumine, platea, via, totus cedit inventori: si verò in loco publico, pertinente tamen ad fiscum vel civitatem, ut est sylva, pascuum, hortus, &c. tunc media pars pertinet ad inventorem & media ad Dominum loci, saltèm si fortuitò invenerit. Imò Lugo vult idem esse, si datâ operâ invenerit, eò quòd §. 39. *cit.* non fiat discrimen. Verùm ego aliter sentio. nam in lege C. est universim prohibitum quærere thesaurum in loco alieno, & in pœnam statuitur, ut totus de industria quæsitus cedat Domino loci. Imò in §. 39. clarissimè referuntur verba posteriora ad priora (ubi de fortuita inventione erat sermo) dum dicitur: *& convenienter.* prout etiam notavit Casp. Manzius in Inst: & Antonius Perez in d. tit. Cod.

13. Quodsi in loco sacro aut Religioso inveniatur thesaurus, tunc enim verò ingens dissi-

dium

dium est inter Juristas, ad quem pertineat. Et quidem si de industria esset quæsitus, clarum est, quòd ad fiscum totus pertineret saltèm post Iudicis sententiam. *C. un. quæ sunt Regaliæ. lib. 2. Feudorum tit. 56. in fine.* quam constitutionem non videntur advertisse Accursius & Portius, volentes dimidiam partem esse inventoris. Ea sic habet in fine. *Dimidium thesauri in loco Cæsaris inventi non datâ operâ, vel loco Religioso. Si datâ operâ, totum ad eum* (fiscum) *pertineat.*

14. Difficultas ergo est, si inveniatur thesaurus casu fortuito in loco sacro seu religioso, qui sub nullius dominio sit. Card. de Lugo tanquam indubitatum supponit pertinere totum ad inventorem, quia in §. *thesauros.* 39. clarè hoc dicitur, dum à Just. Imp. sententia Hadriani probatur. Verùm non solùm apud omnes ferè Legistas, sed etiam apud Molinam d. 56. videre licet citatam *Legem. 3. §. 10. si in locis. ff. de Iure fisci.* ubi statuitur, ut dimidia pars ad fiscum pertineat. *Si in locis fiscalibus vel publicis, Religiosisvè, aut in monumentis thesauri reperti fuerint, Divi fratres constituerunt, ut dimidia pars ex his fisco vindicetur.* Et ne fortè quis dicat, Institutiones esse posteriores Digestis saltèm quoad compositionem, & ideo cit. legem esse correctam in §. *thesauros.* adhuc obstanr clara verba Friderici Imp. in lib. 2. Feud. paulò antè recitata.

15. Quapropter Juristæ magnopere laborant in conciliandis his Iuribus, adeo ut Casparus Manzius septem modos conciliandi referat, nullum approbet; plures VVurmserus, qui tandem, aliis rejectis, amplectitur hunc. Distinguendum est inter loca Religiosa privata, & inter loca Religiosa fiscalia sive publica: de prioribus videtur loqui §. *Thesauros.* dum dicit, totum ad inventorem pertinere: de posterioribus verò videtur intelligenda lex 3. *& caput unicum. L. 2. Feud.* Nam quòd quis locum Religiosum suâ voluntate facere possit, mortuum inferendo in suum locum, habetur §. *Religiosum. Inst. de rer. div.* Eandem conciliationem adhibet post plures alios Harpprecht, & Hunnius var. resol. lib. 2. q. 36. explicans legem 3. cit. quòd ibi non fiat oppositio inter locum fiscalem & Religiosum, sed potiùs fit commemoratio locorum fiscalium, seu divisio loci fiscalis in publicum & Religiosum, ut sensus legis iste sit. *Thesauri inventi in loco fiscali partem dimidiam esse fisci, sive locus fiscalis sit publicus, sive Religiosus.*

16. Verùm, nisi fallor hæc conciliatio non procedit. nam in §. *Thesauros* apertè conjunguntur locus sacer & religiosus, & quod de uno dicitur, etiam de altero dicitur. Atqui locus sacer non est idem, quod locus Religiosus privatus: nam §. *Sacræ Res.* & §. *Religiosum.* distinguuntur ab invicem, neque privatâ auctoritate potest quis locum facere sacrum, licèt possit facere religiosum. Locus enim sacer est, qui ritè, hoc est, secundùm ritum Ecclesiæ Deo consecratur, & ad cultum & ministerium Dei dedicatur, ut sunt Ecclesiæ, Sacella, Monasteria. Quis autem negei hæc esse loca religiosa publica? ergo in §. *Thesauros*, est etiam sermo de locis religiosis publicis, & non tantùm privatis.

17. Alii ergo Juristæ de illis Iuribus conciliandis desperârunt, fatentúrque esse leges pugnantes & inter se contrarias: itâ post alios videtur sentire Casparus Manzius n. 29. & plures alii apud Harpprecht. nec ego procul absum, ut credam. Certè Nicolaus de Passeribus post omnes conciliationes tentatas & refutatas concludit. *Sentio cum Duareno, hæc duo rescripta adeo pugnantia esse, ut nullâ ratione conciliari queant.* Verùm lis hæc hodie ad praxin nihil facit, nam ut notat ex communi Castro Palao, hodie nullus locus est Sacer, aut Religiosus, cujus dominium speciale non competat, vel Prælato, vel communitati: quapropter de inventione thesauri in tali loco, judicandum est, sicut de inventione thesauri in loco alicujus privati statutum est.

18. Quodsi thesaurus inveniatur in fundo Usufructuarii, nihil pertinet ad usufructuarium, nisi ipsemet usufructuarius fortuitus fuisset inventor, tunc enim haberet dimidium, non quâ usufructuarius (quia thesaurus non est fructus fundi) sed quæ inventor per textum in *L. 7. §. 12. ff. soluto Matrim.* ubi maritus thesaurum in fundo dotali repertum pro dimidia tantùm parte lucratur. ibi. [Non magis, quàm si thesaurus fuerit inventus: in fructum enim non computabitur, sed pars ejus dimidia restituetur, quasi in alieno inventi.] Secùs est, si inveniatur in fundo feudatarii vel Emphyteutæ, cùm isti in omnibus substituantur tanquam veri Domini, nisi in casibus in feudo & emphyteusi exceptis, inter quos non est invenrio thesauri. Neque ab hac communi sententia recedendum est propterea, quòd Dominus proprietatis non videatur commodum thesauri inventi voluisse cedere Vasallo: hoc ipso enim quòd non exceperit, censetur sub generali omnium emolumentorum nomine comprehensum. Quæ præterea objicit Harpprecht, ex dictis facilè solvuntur. Denique in his omnibus est attendenda consuetudo, quæ vim legis habet, de qua testantur Zæsius, & Antonius Perez, hodie Principes vel partem vel totum sibi vendicare.

19. QUÆRITUR, an, si sciam, thesaurum latere in agro alieno, possim agrum emere eo solo pretio quod valet secluso thesauro. ℞. Affirmativè cum communissima Theologorum, quos ex Juristis sequitur Zæsius n. 30. Hotomannus, Heigius, & novissimè Berlichius, quos sequitur Harpprecht. §. 39. Ratio est, quia imprimis thesaurus non est pars fundi, nec venditor est Dominus illius, quia necdum eum invenit: ergo ager non valet plus propter thesaurum ab aliis ignoratum: ergo ritè solvitur illo pretio quo ager ille tunc æstimatur ab æquis æstimatoribus. Si enim

enim plus valeret, esset excessus refundendus ab emptore, etiam casu quo tempore emptionis ignorâsset thesaurum postea repertum, sicut, si gemmam pretiosam ex inscitia emas quasi vilem, teneris postea, cognito pretio, refundere. sequelam autem nemo admittit.

20. Non desunt tamen Legistæ, qui putent ex æquitate tunc thesaurum esse dividendum. Ità Udalricus Zasius §. *Actionum*. 28. *n*. 32. *tr. de actionibus*. Rationem dant. cùm enim emptor thesaurum reconditum sciverit, hæc utique scientia ipsum *quodammodo* in mala fide constituit. Fingitur itaque emptor jam tunc invenisse thesaurum, cùm fundus adhuc alienus esset. Si namque venditor scivisset thesaurum, non ità agrum venditurus fuisset, & emptor, nisi scivisset, non fuisset empturus. Quare æquissimum putatur, ut per actionem *in factum* subsidiariam, officio Iudicis simul implorato dimidium venditor consequatur. Et Franciscus Connanus ait, se ità judicaturum esse in facti contingentia, si casus occurreret.

21. Verùm, hæc est subtilitas nullo jure naturali, aut positivo fundata. Imprimis enim quid sibi vult illa part. *Quodammodo?* Dolus enim & fraus consistit in indivisibili. & Ulpianus *l*. 7. §. 10. *de pactis ait*: Inest dolo fraus: hoc est, dolus qui consideratur à lege, debet in se fraudem hoc est defraudationem continere: non defraudatur autem venditor thesauro per hoc, quòd emptor eum sciat, venditor autem nesciat, nec illius dominium adhuc comparaverit, nec unquam etiam spem æstimabilem conceperit illius inveniendi.

22. Quòd autem venditor non fuisset venditurus si scivisset thesaurum, nec emptor empturus, si nescivisset, non gravat emptorem ad plus solvendum, quàm respectu aliorum omnium emptorum fundus valeat. Sicut si scirem, in stagno tuo nasciturum piscem miræ raritatis & æstimationis, & emerem, alioquin non empturus.

23. QUÆRES, quâ actione consequi possit thesaurum, vel partem dimidiam Dominus fundi, qui non invenit? ℞. Posse instituere rei vindicationem: quia jure civili dominium acquisivit per apprehensionem, & inventionem alterius. Ità censent Accursius, & alii, quos refert & sequitur Harpprecht.

§. III.

Quid Iuris & obligationis sit circa inventa, quorum Dominus adhuc exstare præsumitur: ubi incidenter resolvitur, ad quid teneatur, qui detinet incerta debita.

24. Contingit quotidie, ut quis inveniat aliquid, ignarus quis amiserit. Quæritur, ad quid teneatur? an possit rem illam sibi retinere?

DICENDUM 1. Tenetur inventor adhibere media ordinaria, & diligentiam pro qualitate rei inventæ, ut Dominum agnoscat; v. g. affigendo schedas, publicando in exedris, &c. Ità omnes supponunt. Et imprimis quòd obligetur lege charitatis, non potest dubitari: hæc enim obligat ad cavendum alterius damnum, quantùm sine suo incommodo potest, ut dictum est in tr. de Charitate. Deinde etiam obligatur ex Iustitia, meo quidem judicio ex quasi contractu, quatenus illam rem inveniendo corporaliter possedit, seu detinuit, & in suam custodiam accepit: si enim noluit subire obligationem inquirendi Dominum, ut in tali casu decet negotiorum gestorem, debuisset illam rem relinquere in loco, ut vel ipse Dominus, vel alius illam inveniret, & sic fortè ad suum Dominum rediret.

Controversia celebris est, quid juris, aut obligationis sit post factam sufficientem inquisitionem, nec tamen repertum Dominum.

25. Communissima antehac erat, & etiamnum apud multos est sententia, obligans inventorem, ad illa bona vel pauperibus eroganda, vel ad alios pios usus impendenda. Cardinalis de Lugo hanc communem sententiam etiam amplectitur, sed cum hac limitatione, ut quamdiu res inventa conservari potest, & spes est, Dominum inveniendi, conservetur: quodsi id fieri non potest, distrahatur, & pretium asservetur: quodsi nec hoc fieri potest, expendatur in Domini utilitatem, v. g. in pios usus. Fundamentum hujus sententiæ est, quia eo modo tenetur inventor hæc bona expendere, quo modo prudenter præsumitur velle Dominus: atqui modo prædicto videtur velle expendi. Ergo, &c. Nihilominus

26. DICO 2. Secura in praxi, imò etiam speculativè mihi probabilior est sententia, non esse obligationem prædictam expendendi in usus pios, de jure naturæ. Ità docuit Sotus, *lib*. 5. *de Iust*. *q*. 3. *a*. 3. *ad*. 2. quem sequuntur Sarmientus, Petrus Navarrus, Malderus, Medina, Aragonius, Megala, Diana, Lopez, Henriquez, quos refert Lugo n. 138. quibus addo P. Amicum, qui eam supponit disp. 41. *n*. 43. & eandem absolutè tenet Paulus Rosmer, *de Restit*. §. *Quæres* 3. (in suo primo & brevi tract. nam quid dicturus sit in tract. quem, dum hæc scribo, Salisburgi sub prælo habet, ignoro) Dicastillo. *lib*. 2. *tr*. 2. *disp*. 9. *dub*. 15. *n*. 431. & Palao. *p*. 19. *n*. 4. licèt oppositam velit in praxi sequendam, quasi jam sit facta præsciptio; quod nemo alius dicit, nec apparet quomodo potuerit fieri talis præscriptio, stante tantâ auctoritate in contrarium. Ab eodem refertur Sà & Mercadus. Toletus. *lib*. 5. *v*. 18. ait, pro contraria sententia nullam esse rationem, nisi quia sic sentiunt

omnes: sed quàm non sentiant omnes hoc tempore, jam vidimus. Probabilem insuper eam vocant Vasquez, Lessius, Lugo, Salas, asserens eandem probabilem esse judicatam à P. Alphonso Rodriquez, viro, scriptorum suorum pietate ac gravitate benè noto.

27. Probari solet hæc sententia hoc præcipuo fundamento. Factâ diligenti inquisitione domini, eóque non comparente, censeri debet illa res esse in nullius bonis, sicut thesaurus: atqui res carens Domino fit inventoris. Ergo &c.

Hæc tamen probatio nullius est momenti. Certum enim est, sæpè longo tempore post adhibitam sufficientem inquisitionem comparere Dominum, imò rem exstantem sibi vindicare, nullo Iudice reclamante, sed approbantibus omnibus: ergo omnes supponunt, cum semper mansisse Dominum. Ergo falsum est, quòd illa bona desierint esse in bonis illius. Neque est paritas cum thesauro, nam hujus Dominus non potest ullo humano modo agnosci, rerum amissarum verò Dominus sexcentis modis agnosci potest, etiam post adhibitam sufficientem ab inventore inquisitionem.

28. Meliùs probatur à P. Layman. *lib.* 3. *f.* 5. *tr.* 1. *c.* 5. *n.* 24. & Palao, destruendo fundamentum contrariæ sententiæ. Falsum est, quòd communiter & plerumque qui aliquid amittit, velit, ut, se non reperto per sufficientem inquisitionem, res expendatur ad pios usus, sine ulla deinde spe recipiendi, si fortè, ut facilè fieri posse fatentur adversarii, postea ipse compareat: quin potiùs communiter volunt rem vel asservari ab inventore, vel si malit, bonâ fide distrahi, aut absumi, cum obligatione restituendi quantùm inde locupletior factus est, & deducto etiam pretio laboris, si quem impendit, si Dominus fortè compariturus est. Certè communiter Domini post longum tempus comparentes mallent rem sibi esse asservatam formaliter, vel æquivalenter, quàm inde factas eleemosynas.

29. Confirmatur 1. Non tenetur inventor ad plus, quàm tanquam bonus negotiorum gestor ad id, quo præstito, si Dominus postea compareat, non potest rationabiliter conqueri: atqui si inventor servet obligationem restituendi, vel rem, vel quantùm locupletior factus est, intra tempus, intra quod nondum res incipit esse in nullius bonis, non potest Dominus rationabiliter conqueri. fecit enim inventor id, quod ipse, vel alius vellet fieri de suis bonis, si ea perderet, & alius reperiret.

30. Confirmo 2. Si hoc non sufficeret, sed esset obligatio expendendi ad causas pias, sine ulla prorsus spe alicujus lucri redundantis in inventorem, & quidem obligatio ex justitia, tunc vel hanc obligationem contraxit inventor statim ubi rem invenit, etiam antequam apprehendit, adeoque etiam ad ipsam apprehensionem fuit obligatus, vel primùm post apprehensionem & investigationem Domini: primùm dici non potest, & nemo dixit. Posset enim sine injustitia relinquere rem in loco. Secundum etiam dici non potest. Hæc enim obligatio plus obesset, quàm prodesset Dominis, qui res suas amittunt. Si enim inventor non nisi onus & obligationem conscientiæ ad investigandum Dominum, ad distribuendum pauperibus, ad probandum in judicio se distribuisse, ansámque scrupulorum à se contrahi putaret, sæpiùs profectò rem potiùs in loco relinqueret, quàm tolleret, quod utique non prodesset Domino. sic videmus ab hæreditatibus illis sæpè prudenter abstineri, à quibus non nisi gravamina sperari possunt. Sanè hac ratione malè dicerentur *fortunati inventores*: gravarentur enim tantummodo, sine ulla lucrandi spe, quod est contra communem sensum.

31. Pro contraria sententia, ultra præcipuum fundamentum jam dissolutum, objici posset. 1. In Hispania Patres Mercenarii & Trinitarii habent privilegium tam à Regibus, quàm à Pontifice, ut bona inventa possint etiam sub excommunicatione exigere, ut ea impendant in Redemptionem captivorum: ergo inventor non potest eas jure retinere. De his Mercenariis obiter & perpaucis scribit P. Molina. *d.* 749. & 750. & ex eo referunt Palao & Dicastillo, ac variis modis responderi potest. 1. Legem illam non obligare ante sententiam Iudicis, & ante exactionem. Ità sentiunt Petrus Navarra, Aragonius, Rodriq. Henriq. nec improbat Dicastillo. Responderi potest. 2. etiamsi illæ leges ante exactionem obligarent, non fore nobis contrarias, qui solùm dicimus, inventorem non esse jure naturæ obligatum, sed posse retinere sibi cum obligatione suprà dicta, nisi lex positiva aliud statuat. ℞. 3. Illas ipsas leges adeo non esse in usu in Hispania (nisi quoad animalia quædam errantia, quæ Hispani Monstrenca vocant) ut non magis sint curandæ, teste Molinâ, quàm si latæ non essent, fortè ob nimiam observandi difficultatem, quæ difficultas ostendit, non adesse obligationem naturalem expendendi in pios usus, alioquin illæ leges essent commodissimæ ad satisfaciendum obligationi naturali. ℞. 4. Illos Trinitarios obligari ijsdem legibus per quatuordecim menses investigare Dominum, & in hunc finem habent plurimos officiales publicos: quapropter mirum non est, si inventor lege compellatur ad hoc medium adhibendum ut Dominus inveniatur, si enim illud negligat jam non adhibuit media ordinaria, ad quæ tamen adhibenda obligatur jure naturæ. Responderi denique potest. 5. Illas leges fundari in præsumptione, quòd in Hispania pleriq; inventores supprimerent bona inventa, nec adhiberent sufficientem inquisitionem Domini, nisi lege compellerentur ad certum

tum aliquod medium: non ergo supponunt obligationem ex lege naturæ ad dandum pauperibus, sed solùm ad investigandum Dominum.

32. Objiciunt 2. Textum S. Augustini, vel,ut alii putant,S.Hieronymi,qui refertur c.14. q. 5. [Si quid invenisti, & non reddidisti,rapuisti.] Item c. 8. eâdem, & est Hieronymi. Multi sine peccato putant esse, si alienum quod invenerint, teneant, & dicunt: Deus mihi dedit, cui habeo reddere. Discant ergo peccatum hoc esse simile rapinæ, si quis inventa non reddat.] R. Facilè, hos textus loqui de Restitutione eorum, quorum Dominus aut scitur, aut facilè sciri posset.

Dubium incidens de Bonis incertis, eorúmque obligatione restituendi.

33. Occasione præcedentis controversiæ agitatur hîc alia non absimilis circa bona incerta, non tamen inventa, quæ possunt esse duplicis generis. Aliqua enim debentur sine omni delicto, v.g. quia ea hæres reperit in hæreditate quam adiit, & tum nescit esse aliena, vel ex alio contractu,v. g. ex mutuo, sciens se mutuum aliquod debere, sed nescit, cui, nec creditor comparet; vel habet depositum alicujus militis qui occisus est, nec scit,quinam sint ejus hæredes,&c. De his bonis discurrendum est sicut de bonis inventis, & gratis aliqui faciunt discrimen.

34. Alia sunt debita incerta ex delicto, v. g. quæ quis furatus est, nesciens Dominum illius rei, vel qui usuras exercet, oblitus eorum quos damnificavit, vel si aliquis telonarius defraudat plures, quorum non potest recordari, nisi valde in confuso.

35. Advertunt autem DD. ferè omnes, non esse reputandum inter bona incerta, si constet deberi uni ex duobus aut tribus, nescitur tamen, cuinam determinatè debeantur. Item si constet deberi certæ alicui communitati; aut majori illius parti: nam in his casibus cùm possit moraliter aliquatenus res ad suum Dominum reverti, faciendum est, quantùm moraliter fieri potest, ut res Domino restituatur, v. g. si illi sortem mittant, aut rem inter se dividant, vel si tradatur Magistratui, aut Episcopo, aut Parocho, ut distribuat ea bona cum proportione ad majus vel minus damnum, quod membra illius communitatis passa fuerunt, aut passa esse videntur. Item si mercator putat, eosdem redituros ad emendum, potest restitutionem facere, vendendo illis pretio viliore. His positis

36. Prima sententia est P. Pauli Rosmer, loc. citat. qui docet, sola illa debita incerta, quæ quis contraxit ratione usuræ, esse pauperibus distribuenda, ob textum clarum, *C. cum tu. de Usuris.* ubi Alexander III. jubet acquisita iniquè ex usuris, si neque Dominorum hæredes supersint, dari pauperibus, & usurarii eorúmque hæredes Ecclesiasticis pœnis ad hoc cogantur.

Hæc tamen sententia singularis est, cùm alii DD. omnes extendant ulteriùs, in quo ait Lugo, omnes convenire.

37. Secunda Sententia docet, hujusmodi debita incerta, esse, non quidem ex jure naturæ, sed tamen ex lege positiva vel consuetudine,vim legis habente, distribuenda pauperibus, vel in alia opera pia. Ità Lessius *l.2. c. 14. dub. 6.* Vasquez verò, Malderus, & alii, quos ex parte sequitur Dicastillo *n.368. num. n.371.* volunt, jure naturæ hæc bona non pauperibus esse distribuenda, sed devolvi ad communitatem Reipublicæ.

Tertia Sententia est, etiam jure naturæ esse pauperibus distribuenda, vel ad alia pia opera applicanda, nisi Respublica vel suprema potestas aliud suâ lege statuat. Ità cum S. Thoma habet communis sententia.

38. DICO 3. Probabilius est, debita incerta ex delicto jure naturæ esse pauperibus distribuenda, vel in alios pios usus convertenda. Probatur 1. Ex cap. *cum tu. cit.* ubi scribens Alex. III. Salernitano Episcopo: [Cum tu,*inquit*, manifestos usurarios juxta decretum nostrum, quod nuper in Concilio promulgatum est, communione altaris & Ecclesiasticâ præceperis sepulturâ privandos, donec reddant, quod tam pravè receperant, quidam eorum ad excusandas excusationes in peccatis impudenter affirmant, illas duntaxat usuras restituendas, quæ sunt NB. post interdictum nostrum receptæ. Fraternitati tuæ taliter respondemus, quòd sive ante, sive post interdictum nostrum usuras extorserint, cogendi sunt per pœnam, quam constituimus in Concilio, vel his quibus extorserunt, vel eorum hæredibus restituere, vel (his non superstitibus) pauperibus erogare: dummodo in facultatibus habeant, unde ipsis possint eas restituere; cùm juxta verbum B. Augustini, non remittitur peccatum, nisi restituatur ablatum. Illi autem, qui non habent in facultatibus, unde usuras valeant restituere, non debent ullâ pœnâ mulctari, cùm eos nota paupertatis evidenter excuset. Possessiones verò quæ de usuris comparatæ sunt,debent vendi, & earum pretia his à quibus usuræ sunt extortæ restitui, ut sic non solùm à pœna, sed NB. etiam à peccato possint (quod per usurarum extorsionem incurrerant) liberari.] In hoc ergo cap. declarat Pontifex, deficientibus hæredibus illorum,qui usuras solverunt esse usuras pauperibus elargiendas, & rationem reddit universalem ad omnia debita ex delicto, quia juxta verbum S.Augustini, non dimittitur peccatum, nisi restituatur ablatum: ergo restitutio non imponitur ut pœna, sed declaratur ejus necessitas orta ex obligatione naturali restituendi.

Confirmatur 1. ex ultimis verbis capituli: *ut sic non solùm à pœna* (scilicet Ecclesiastica lata

in Concilio Lateranensi) *sed etiam à peccato possint, quod per usurarum extorsionem incurrerunt, liberari.* ubi apertè supponit Pontifex, non posse aliter liberari à peccato illo, nisi hoc modo restituendo: atqui possent aliter liberari, si per peccatum usuræ non contraxissent talem obligationem, sed ea proveniret à lege positiva: posset enim hæc abrogari, vel præscribi: ergo, &c.

39. Confirmatur 2. Alexander Pontifex supponit hanc obligationem jam fuisse tempore S. Augustini, cujus auctoritatem allegat: atqui tempore S. Augustini nulla lex Canonica exstitit de hoc puncto: ergo lege naturæ jam tunc erat obligatio.

40. Probatur 2. Authoritate S. Hieronymi, relati in c. nemo qui 14. q. 5. *Nemo*, ait, *qui rapit, moriens, si habet unde reddat, salvatur. Si eos, quorum fuit, invenire non poterit, Ecclesiæ vel pauperibus tribuat.* Respondet Rosmer, hunc locum nullius esse auctoritatis, quia inscribitur: *Palea.* Verùm esto non habeat auctoritatem Canonis, habet tamen authoritatem S. Hieronymi. atqui S. Hieronymus non condidit legem, sed locutus est ex dictamine naturæ.

41. Cardinalis de Lugo probat Conclusionem ratione à priori, quàm ante ipsum breviter insinuavit Molina *to. 3. d. 746. n. 2.* Res illa (hoc est debitum) adhuc manet sub dominio antiqui Domini: ergo debitor debet de illa disponere juxta voluntatem saltèm præsumptam Domini, vel ejus cui debetur. Voluntas autem præsumpta rationabilis hæc est, ut, si ei tradi non potest, saltèm expendatur in ejus obsequium meliori modo quo fieri potest: ergo juxta illius voluntatem expendi debet in usus pios, ex quibus redundet aliqua utilitas in Dominum ipsius.

42. Hæc ratio aliquando mihi placuit, nunc autem video non esse satis universalem, & aliam universaliorem dari posse. Non inquam, est universalis, quia non procedit de illis debitis ex delicto, quæ in eum statum pervenerunt, ut nullâ humanâ viâ possit ampliùs agnosci ille qui læsus est, vel hæredes illius. atqui etiam hæc restituenda sunt, vel elargienda pauperibus, nam de his æquè procedit dictum S. Augustini & Hieronymi, imò clarè colligitur ex verbis Alexandri III. dicit enim: hæredibus deficientibus pauperibus esse usuras distribuendas: atqui quando hæredes deficiunt, jam illud debitum desinit esse in ullius bonis, & tamen manet gravatus debitor: non quidem voluntate creditoris, qui nec in se, nec in suis hæredibus exstat: ergo aliunde petenda est ratio.

43. Ratio à priori præsentis obligationis mihi esse videtur hujusmodi. Natura non vult ex delicto commodum reportari, neque ità impunè contra Iustitiam peccari posse, ut inde homines allici possent ad frequentanda talia delicta. Cùm ergo natura videret, quòd si fur posset licitè hujusmodi debita incerta retinere, postquam Dominus, factâ inquisitione non compareret, plurimi allicerentur, ad hujusmodi furta multiplicanda, spe freti (ut tradit ipse Lugo n. 143.) fore, ut ignorato deinde Domino non tenerentur restituere. Ideo natura in pœnam talis delicti imposuit obligationem universalem restituendi debita incerta, vel expendendi eo modo, quo vellet ipse Dominus si existeret, & prudentissimè decerneret, vel (ut ad aliud propositum docet Palavic:) prout communiter prudentiores vellent talem manere obligatum, si à natura consulti fuissent antecedenter, antequam ulli constaret, quisnam ex hominibus esset aliquando ità lædendus. Atqui prudentiores vellent, furem obligari ad largiendum pauperibus, vel ad alias pias causas: quia quivis speraret, hac viâ fortè sibi, aut suis in necessitate subventum iri: & quia non potest laudabilior designatio excogitari: ergo hanc obligationem natura instituit ut pœnam, & aliquo modo dependenter à præsumpta voluntate Domini, non eo modo, quasi obligatio penderet immediatè ab ipso ut à Domino, sed ut est pars universi, ut expositum est.

44. Objiciunt Adversarii 1. Si jure naturæ deberentur hujusmodi debita pauperibus, aliisve causis pijs, sequeretur Pontificem non posse tale debitum majore ex parte remittere, exigendo solutionem exiguæ partis: atqui hoc Pontifex defacto facit per *Compositionem* ut vocant, v. g. per Bullam Cruciatæ fit compositio super 14. vel 15. scutis pro duobus Iuliis, hoc est vinginti crucigeris, applicandis ad bellum contra infideles. ℞. Negando sequelam, quia creditor, vel natura, non vult obligare debitorem nisi cum subordinatione ad legitimum Magistratum, cui concessâ à Deo potestas est administrandi res ad pias causas & usus applicandas; & consequenter, si Summus Pontifex, ad quem hujusmodi administratio pertinet, judicat, bono publico magis expedire, si attentâ fragilitate humanâ parùm exigatur, & multùm remittatur, præsertim in finem tam præclarum, qui alioquin vix posset obtineri, jam hoc est conforme voluntati prudenti & rationabili totius generis humani.

45. Obiiciunt aliqui 2. Si talia debita deberentur pauperibus Iure naturæ, sequetetur, illa non posse præscribi, quia contra jus naturæ præscribi non potest: consequens autem est falsum. Non retulissem hoc argumentum, nisi coràm spectâssem & audivissem illud in publico tantâ contentione proponi, ut viris in Iure versatis insolubile visum fuerit, cùm nullius sit momenti, & sexcentis instantiis retorqueri possit, una sufficiat. Hæreditas parentum debetur jure naturæ filiis legitimis, & tamen bona quæ in illa hæreditate, continentur, possent præscribi. Consistit autem æquivocatio argumenti in hoc, quòd aliud sit: præscribi contra ipsam

obli-

obligationem naturalem per actus contrarios abrogando legem naturæ, sicut præscribi potest contra legem positivam, & hoc utique fieri non potest, & quòd aliud sit, præscribi rem ipsam, ad quam tradendam obligat natura tamdiu, quamdiu per præscriptionem dominium non acquiritur, & hoc fieri posse omnes admittunt, & hoc sensu negatur sequela, & negatur, hoc modo præscribi contra Ius naturæ, id est, contra legem, quia tantùm præscribitur res quæ est in hominum commercio.

Quo ordine sint solvenda debita incerta, in concursu aliorum Creditorum, egi in secundo tractatu.

CONTROVERSIA II.

De Modis acquirendi dominium servorum, item de spoliis hostium.

SUMMARIUM.

Quatuor titulis acquiritur dominium hominis. 46.
Quidsi Christianus à Turcis capiatur, an eorum servus efficiatur. 47.
Acquiritur etiam dominium hominis nativitate. 49.
Item justâ condemnatione. 50.
Item Emptione. 51.
Quænam requirantur Jure Cæsareo ad valorem hujus emptionis. 52.
Manumissionis varii modi. 53.
Quibus casibus manumittere non liceat. 54.
Captus in bello etiam justo, licitè fugere potest ad suos, & liber efficietur. 55.
Servus à Domino expositus, vel æger relictus, aut alimentis destitutus, fit liber. 56.
Servus item circumcisus à Judæo subjecto Ecclesiæ. 57.
Item si Dominus consentiat in Matrimonium servi cum libera ignorante. 58.
Quænam res aliæ in bello captæ fiant capientis. 59.

§. I.

Quot modis Dominium hominis acquiratur.

46. DICENDUM est, quatuor modis, seu titulis acquiri dominium in hominem, ut inde servi dicantur. Primus modus est, quando bello justo homo ex hostibus capitur. §. 17. *Inst. de rer. divis.* [Item ea quæ ex hostibus capimus, jure gentium statim nostra fiunt: adeo quidem ut & liberi homines in servitutem nostram deducantur. Qui tamen si evaserint nostram potestatem, & ad suos reversi fuerint, pristinum statum recipiunt.] Requiri autem, ut bellum justum sit, ex se clarum est, quia per injuriam nemini libertas auferri potest, sicut nec alia bona sine obligatione restituendi, quod benè agnovit Ulpianus *in l. 24. ff. de captivis. Et ideo qui à latronibus captus est* (quales sunt omnes, qui bellum injustum gerunt) *servus latronum non est, nec postliminium illi necessarium est.* Et hæc quidem obtinent in bellis contra Gentiles & qui Christiani non sunt, non tamen quæ geruntur inter Christianos, etiam cum Hæreticis, inter quos, ex antiqua & laudabili consuetudine, capti non fiunt capientium servi, sed lytro redemptionis præstito liberi abeunt, ut proinde de postliminio non sit quærendum.

47. Sed quidsi Christianus à Turcis & Saracenis capiatur, quæritur an reverâ servus efficiatur Turcarum, ità ut locus sit fictionibus legis Corneliæ & postliminii, quæ sunt duo beneficia seu remedia, quibus consulitur captis, & in servitutem redactis. Primum est, quòd si contingat captos apud hostes mori, per fictionem legis Corneliæ habeantur mortui ipso momento captivitatis, atque ità quasi adhuc cives mortui essent, ut testamenta quæ reliquerunt salva maneant, bona ex iis ad scriptos hæredes transeant, aut ab intestato ad proximos devolvantur. Alterum est Jus postliminii, id est, Jus amissæ rei recuperandæ ab extraneo, & in statum pristinum restituendæ. *L. 19. ff. de captiv. & postlim. reversis.* Fingitur ergo, si reversus est, quasi nunquam captus fuisset, ut omnia jura salva sint, recuperetur patria potestas interea suspensa (à puncto captivitatis) ut interea quæsita à liberis aut servis eidem cedant (cessura alioquin liberis, si mortuus apud hostes fuisset, quia liberi tunc à puncto captivitatis sui Iuris fuissent) testamentum integrum sit, imò & codicilli in captivitate facti sustineantur, idque intuitu testamenti in civitate facti. *L. 12. §. 5. & 6.* [Codicilli, si quos in tempore captivitatis scripserit, non creduntur jure subtili confirmati testamento quod in civitate fecerat: sed nec fideicommissum ex his peti potest (*intellige si non redeat*) quia non sunt ab eo facti, qui testamenti factionem habuit: sed quia merum principium eorum in civitate constituto captivo factum est, id est, in testamento confirmatio codicillorum, & is postea reversus est, & postliminio Ius suum recepit, humanitatis rationi congruum est, eos codicillos ità effectum suum habere, quasi in medio nulla captivitas intercessisset. Cætera quæ in Iure sunt, posteaquam postliminio rediit, pro eo habentur, acsi nunquam iste hostium potitus fuisset.] His præmissis

48. Alciatus & Rebuffus in l. *hostes.* 118. *ff. de V. S.* docent Christianos à Turcis vel Saracenis captos, in servitutem ipsorum redigi, ejúsq; conditionis esse, cujus juxta Ius civile capti ab hostibus Romanæ Reipublicæ censebantur. Verùm hoc non est ità indistinctè verum, ut sibi persuadet

suadet Joan. Harppreche in §. 17. *Inst.* quasi per quandam conventionem utrinque servi fiant, quicunque in bello capiuntur, quod Imperium Romanum cum hostibus non Christianis gerit. Distinguendum itaque est. Is qui capitur ab hoste gerente bellum evidenter injustum, nullo modo libertatem amittit. Ità in terminis Lessius *L.* 2. *c.* 5. *dub.* 4. *n.* 12. *in fine.* & est apud Theologos certa res, adeo ut si Imperium gereret bellum injustum contra Turcas, Turcæ captivi non fierent servi. Si verò quis capiatur ab hoste gerente bellum justum, tunc fit servus, non tantùm ille, qui formaliter nocens est, & in persona pugnat, adeoque licitè occidi posset, sed etiam innocentes, ut infantes, qui ob innocentiam directè non possent licitè occidi, ut constat ex dictis in secundo tractatu, tradúntque hîc Molina & Lessius; in servitutem tamen redigi possunt, si sunt pars Reipublicæ bellum injustum gerentis, sicut alia illorum bona capi possunt.

Quodsi bellum ambiguum & dubium esset, tunc concedi potest, utrinque servos effici captivos, ut tradit Covarr. ubi tamen postea constaret de belli sui injustitia, deberent ex ea parte capti in libertatem sine litro ullo restitui: quæ omnia liquidè deducuntur ex Regulis generalibus de Restitutione traditis in 2. tract. de hoc iterum in seq. tomo, & tr. de Testam. ubi dicam esse probabile, quòd capti à Turcis nunquam fiant servi.

49. Secundus modus seu titulus acquirendi dominium hominis, est Nativitas, ratione cujùs servus est, qui ex ancilla natus est, quæ quidem fuerit ancilla toto uteri tempore. §. *sed etsi quis. Inst. de Ingenuis.* ibi. [Sufficit autem liberam fuisse matrem eo tempore quo nascitur, licèt ancilla conceperit, & econtrario si libera conceperit, deinde ancilla facta pariat, placuit eum qui nascitur, liberum nasci, quia non debet calamitas matris ei nocere, qui in ventre est.] Ex his illud quæsitum est, si ancilla prægnans manumissa sit, deinde ancilla iterum facta pepererit, liberum an servum pariat. [Et Marcianus probat liberum nasci, sufficit enim, ei qui in utero est, liberam matrem vel medio tempore habuisse, ut liber nascatur, quod & verum est.] Hæc quidem de Jure Cæsareo, nam in illis partibus, ubi Jus Cæsareum non observatur, sufficit ancillam esse in partu.

50. Tertius modus & titulus servitutis est, Iusta condemnatio ad servitutem propter grave aliquod delictum, v. g. si quis deferret arma, vel alia prohibita ad Turcas, vel illorum naves gubernaret contra Christianos, fieret servus Christianorum eos deprehendentium & capientium *c. 6. de Judæis, & saracen.* ibi. [Tales igitur ab Ecclesiastica Communione præcisos, & excommunicationi subjectos, rerum suarum per Principes Catholicos, & consules civitatis privatione mulctari, & capientium fieri servos censemus.] Item Raptor puellæ non consentientis. *ca.* 36. *q.* 1. ibi. *aut ad serviendum subjectus sit, aut redimendi se liberam habeat facultatem.*

51. Quartus modus, & titulus inducendæ servitutis, est, Emptio venditio hominis ante liberi, quando quis, vel seipsum vendit, vel à patre venditur in necessitate, ut fieri posse ab habente patriam potestatem, suo loco dictum est.

52. Ad valorem hujusmodi venditionis requiruntur Jure Cæsareo sequentes conditiones. 1. ut is qui se patitur vendi, sit major. 20. annis. 2. ut intendat esse particeps pretii & reipsa sit particeps. 3. ut emptor credat ipsum esse servum: & ideo Ius non permittit, ut quis seipsum per se vendat, sed ut id per alium fiat: 4. ut sciat se esse liberum, & idipsum etiam venditor sciat. §. 4. *Inst. de Iure Person.* ibi. *aut Iure Civili, cùm liber homo major viginti annis ad pretium participandum sese venundari passus est.* Itaque hic modus non est Iuris gentium, sed Civilis, sicut & Ingratitudo liberti, & quidam alii modi qui non sunt in usu.

§. II.

Quomodo Servitus Personarum amittatur manumissione.

53. DE Libertinis quà talibus non est necesse tractare, cùm hodie, vel nullum, vel vix ullum discrimen eorum sit ab ingenuis. Nov. 78. salvo patronatûs jure.

Multis autem modis, (inquit Iust. §. 1. Inst. de libert:) Manumissio procedit. Aut enim ex sacris constitutionibus in sacrosanctis Ecclesiis, aut vindictâ, aut inter amicos, aut per Epistolam, aut per testamentum, aut per aliam quamlibet ultimam voluntatem.

54. QUÆRITUR, quibus casibus manumittere non liceat. ℞. 1. Manumissio facta in fraudem Creditorum, quibus manumittens solvendo non est, est ipso Iure nulla. §. 3. *J. Quibus ex caus. manum. non licet. Nam is qui in fraudem creditorum manumittit, nihil agit, quia Lex Ælia Sextia impedit libertatem.* & hoc est speciale: nam aliarum rerum alienatio in fraudem creditorum facta, valet quidem, sed Actione Paulianâ revocari potest. *toto tit. ff. de in fraud. cred. facta sunt.* In testamento tamen hæres scribi potest, & hoc ipso liber fit, sed cum onere, quod in favorem creditorum introductum est. §. 1. nempe ut liber quidem fiat, sed simul hæres solus & necessarius: si nempe nemo alius ex testamento hæres existat. Valde enim prospiciendum erat, ut egentes homines, quibus alius hæres exstiturus non esset, vel servum suum hæredem haberent, qui satisfacturus esset creditoribus, aut hoc eo non faciente, creditores res hære-

hæreditarias servi nomine vendant, ne injuriâ defunctus afficiatur.

§. 2. Eâdem lege Æliâ Sentiâ Domino minori 20. annis, non aliter manumittere permittitur, quàm si vindictâ apud Consilium, justâ causâ manumissionis approbatâ, fuerint manumissi. §. 4. Justæ autem manumissionis causæ hæ sunt. veluti si quis patrem aut matrem, filium filiamve, aut fratres sororesve naturales, aut pædadogum, aut nutricem, aut educatorem, aut alumnum alumnamve, aut collactaneum manumittat, aut servum Procuratoris habendi gratiâ, aut ancillam matrimonii habendi causâ, dummtamen intra sex menses in uxorem ducatur, nisi justa causa impediat. Semel autem causa approbata, sive vera sit sive falsa, non retractetur. §. 5. 6. & hæc quidem ætas requiritur ad manumittendum inter vivos, nam in testamento ut manumittatur, requiritur, & sufficit, si Dominus decimum septimum annum impleverit, & decimum octavum inceperit. §. 7.

§. III.

De aliis modis finiendi Servitutem.

55. DICENDUM 1. Etiam in bello justo captus & servus factus, licitè fugere potest ad suos, & sic liber efficietur. §. 17. *J. de rerum divis.* ibi. *Qui tamen si evaserint nostram potestatem, & ad suos reversi fuerint, pristinum statum recipiunt.* & l. 25. ff. de captiv. *Nihil interest, quomodo captivus reversus sit, utrum dimissus, an vi vel fallaciâ hostium potestatem evaserit, ità tamen si eâ mente venerit ut non eò revertatur.* Fundatur ergo hæc potestas fugiendi in lege & consuetudine gentium, quòd talis, sicut avis evolans ex cavea, libertatem recuperet, modò non juramento aut alio pacto se obligaverit ad non fugiendum.

56. DICENDUM 2. Si Servus à Domino exponatur, vel æger relinquatur, vel alimenta non præbeantur. *L. 17. §. 3. C. de latina lib. tollen.* ibi. [Talis itaque servus libertate necessariâ, Domino etiam nolente reipsâ donatus, fiat illico civis Romanus, nec aditus in bona patronatûs quondam Domino reservetur.

57. DICENDUM 3. Si Judæus Ecclesiæ quoad temporalia subjectus, suum servum circumcidat. *L. un. C. ne. Christian. mancip.* [Quodsi aliquis Judæorum mancipium vel Christianum habuerit, vel sectæ alterius seu nationis crediderit ex quacunque causa possidendum, & id circumciderit, non solùm mancipii damno mulctetur, verùm etiam capitali sententiâ puniatur, ipso servo pro præmio libertate donando.]

58. DICENDUM 4. Si Dominus consentiat in Matrimonium servi cum libera, hac conditionem illius ignorante. Auth. de Nupt. quæ est Nov. 22. c. 10. ibi. *Hæc autem decernimus, & tale non esse dicimus Matrimonium, si causam animus incertus disponat solùm, neque consensu Domini, neque malignitate ejus aliquâ, neque negligentiâ conjectâ.* & cap. 11. *Nam si tradiderit tanquam liberam suam ancillam Dominus, ille autem liber existens, & credens tradenti hanc accipit, &c. non erit justum tale Matrimonium non constare, sed tacitam libertatem sequi, sive virum sive ancillam.* De aliis jam alibi dictum, ut si servum in filium quis adoptet, si concubinam in uxorem ducat. In his enim præsumitur manumissio.

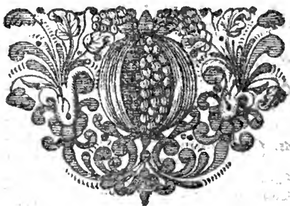
§. IV.

Quænam aliæ res in bello justo captæ, fiant capientis.

59. UT leges in speciem contrariæ inter se cohæreant, distinguendum est inter res mobiles & immobiles. Quoad res immobiles constat ex praxi, eas acquiri Principi seu Reipublicæ, cujus nomine bellum geritur, nisi tales res iterum eriperentur hostibus, tunc enim antiquis Dominis restituendæ essent. Habentur hæc satis clarè *L. 20. §. 1. ff. de captivis.* [Verum est, expulsis hostibus ex agris quos receperint, dominia eorum ad priores Dominos redire, nec aut publicari, aut prædæ loco cedere. Publicatur enim ille ager, qui ex hostibus captus sit.]

60. Quoad res mobiles distinguunt Legistarum aliqui, quibus adhæret Harpprecht, contradicente licèt Hunnio. Vel enim sunt res valde pretiosæ, vel vulgares. Si pretiosæ, volunt etiam cedere Principi, cùm in Iure hujusmodi res immobilibus comparentur. Et videtur supponi *L. 13. ff. ad L. Juliam peculat. Is qui prædam ab hostibus captam subripuit, lege peculatûs tenetur, & in quadruplum damnatur.* Si verò sint res vulgares, cedunt capientibus etiam privatis. §. *Item ea. 17. J. de rer. divis. Item ea quæ ex hostibus capimus, jure gentium statim nostra fiunt.*

Verùm in hac re usus obtinet præ legibus. & ideo plura non sunt addenda.



CONTROVERSIA III.

De Modo acquirendi Dominium per Venationem.

SVMMARIVM.

61. Occupatio animalium (quæ generali vocabulo Venatio occupativa dicitur) definitur à Ferd. VVaizenegger *c. 1. n. 25.* Ius persequendi animalia, quæ terrâ, mari, cœlo capiuntur, & nullius sunt, jure naturali permissum, vel legitimo titulo acquisitum.

62. Dividitur in tres species: in Venationem specificè dictam, Piscationem, & Aucupium. De his quædam certi Iuris, quædam controversa. Quæ certi Iuris sunt, habentur ferè in Instit. de rerum divisione, & acquirendo earum dom. saltèm prout ea se habent Iure gentium.

Itaque I. Fera capta non solùm in proprio, sed etiam alieno fundo, fit primò occupantis: & quamvis ingrediendo contra Domini prohibitionem facias injuriam; non tamen teneris ad aliam restitutionem, quàm pro damno quod tali ingressu aut venatione fundo intulisti. Illud habetur §. feræ *Inst. de rer. divis. & acq. dom.* [Nec interest, feras bestias & volucres utrum in suo fundo quis capiat, an in alieno. Planè qui alienum fundum ingreditur venandi, aut aucupandi gratiâ, potest à Domino, si is præviderit prohiberi, ne ingrediatur. Quidquid autem eorum ceperis, eousque tuum esse intelligitur, donec, &c.] Quæ verba, quidquid aliqui negent, ad præcedentia, *Planè qui:* referuntur: Ratio autem est, quia illæ feræ in nullius bonis sunt: ergo cedunt primò occupanti, Iure naturæ. Quamvis ergo ingressus sit injustus, venatio tamen non est injusta, sed est actus à priore distinctus. Neque hic locum habet illud effatum: Cujus actûs initium vitiosum est, totus actus vitiosus est. Hoc enim verum est de uno eodémque actu continuato, non de actibus diversis, quorum secundus priorem supponit: sic, v.g. qui contra priora sponsalia cum Maria celebrata, ducit Bertham in uxorem, injustè agit, sed quæ deinde jure matrimonii validi facit, & à conjuge exigit, non sunt vitiosa. Aliud exemplum affert Hunnius. Prohibent jura contractum cum pupillo sine auctoritate tutoris, si tamen pupillus locupletior factus est, non prohibetur alter etiam ex tali contractu lucrum capere.

II. Fera capta tamdiu manet in dominio capientis, quamdiu non elabitur è custodia, ità ut pristinam libertatem censeatur recuperâsse. Vnde illa animalia, quæ ex sua natura sunt mansueta, & consuetudinem habent redeundi ad custodiã, vel facilè ad illam reduci possunt, ut gallinæ, anseres, equi, canes, &c. non fiunt capientis extra custodiam, sed manent in priore dominio. Econtra illa animalia, quæ naturâ fera sunt, sed tamen cicurata, ut cervi, accipitres, &c. tamdiu manent in dominio nostro, quamdiu consuetudinem redeundi retinent: quamprimùm verò hanc exuunt, & naturalem feritatem induunt, desinunt esse nostra, & iterum fiunt primò occupantis. *Instit.* §. 12. *de rer. divis.* totidem ferè verbis, & additur §. 13. [Illud quæsitum est, an si fera bestia ità vulnerata sit, ut capi possit, statim tua esse intelligatur? & quibusdam placuit, statim esse tuam: & eousque tuam videri, donec eam persequaris. Quodsi desieris persequi, desinere esse tuam, & rursus fieri occupantis. Alii verò putârunt, non aliter tuam esse, quàm si eam

eam ceperis. Sed posteriorem sententiam nos confirmamus, quòd multa accidere soleant, ut eam non capias.]

63. III. Animalia, quæ certo loco inclusa tenentur, ut non possint vagari, quò volunt, & possunt hoc ipso faciliùs apprehendi pro libitu, jàm sunt in dominio illius qui inclusa tenet, quia sunt reverâ in custodia, sicut avicula adhuc est in nostra custodia, quando volat per cubiculũ, etiamsi non statim possit manu apprehendi, quapropter hæc inclusio morali æstimatione pensanda est; nam si esset inclusio in loco tam amplo, ut animalia illa non propterea ullam arctitudinem paterentur, v.g. in integra sylva etiam circumsepta, non per hoc tua, cujus sylva est, esse censerentur, nec à te possideri. *L.* 3. §. 14. *ff. de acquir. & amitt. possess.* [Item feras bestias quas vivariis incluserimus, & pisces quos in in piscinas conjecerimus, à nobis possideri. Sed eos pisces qui in stagno sunt, aut feras quæ in sylvis circumseptis vagantur, à nobis non possideri: quoniam relictæ sint in libertate naturali· alioquin etiam si quis sylvam emerit, videri eum omnes feras possidere, quod falsum est.]

64. Contra dicta objici posset, & probari, quòd qui in alieno venatur, feram non acquirat. Qui fructus in alieno fundo, invito Domino colligit, eos non acquirit, sed potiùs furtum committit. *L.* 12. §. 5. *ff. de usufr. & quemad. Si fur decerpserit, vel desecuerit fructus maturos pendentes, &c.* competit fructuario furti actio. Atqui venatio quandoque est inter fructus. *L.* 26. *ff. de usuris. Venationem fructus fundi negavit esse, nisi fructus fundi ex venatione constet.* Ergo, &c. Respondetur, venationem non esse inter fructus nisi sub valde lata & generali significatione, sub qua comprehenduntur omnes omnino reditus, & obventiones, omnia emolumenta & commoda, sive naturaliter ex ipso rei corpore producantur, sive Iure & solertiâ hominis percipiantur, & universim omnes fructus civiles, de quibus actum superiùs *de possessione.* Speciali enim ratione & propriè fructuum nomine id tantummodo continetur, quod ex corpore cujusque rei ità percipitur, ut ex eo salvo renasciturum sit. *L.* 59. §. 1. *ff. de usufru. Quidquid in fundo nascitur, vel quidquid inde percipitur, ad fructuarium pertinet.* & de his est verum, quòd capientis non fiant, quia jam sunt in dominio Domini fundi, non verò feræ quæ liberè vagantur, & nunquam possessæ sunt.

65. QUÆRITUR nunc 1. Cujusnam sit fera, si ab uno vulneretur lethaliter, ità ut illi necessariò moriendum sit, ab alio autem sic vulnerata apprehendatur. ℞. Cum distinctione. Si est ità vulnerata, ut non potuerit ampliùs evadere potestatem vulnerantis, procul abeundo, tunc erit vulnerantis. Est enim perinde, acsi laqueo eam teneret, aut lanceâ vel gladio transverberâsset, ità ut ad pedes concideret: non enim requiritur immediata manuum contrectatio, sed sufficit facta medio instrumento; alioquin si quis aves jacularetur ex arbore, cadentésque alius tolleret, essent tollentis, quod est contra sensum communem.

66. Quando verò ità vulnerata est, ut adhuc possit fugere per saltus, & moraliter possit sese oculis venatoris subducere, tunc si alius eam occupaverit, illius fiet, juxta textum recitatum ex §. 13. Inst. *Quia multa accidere possunt, ut eam non capias.* Hodie usus in his partibus obtinuit, ut liceat vulneranti feram ictam & sanguinantem, quantumvis necdum ipsius sit, etiam extra propriam sylvam aut districtum persequi, & quamdiu persequitur, jus non sit alteri eam eripere, & persequentem antevertere: & quidem jure Bavarico in planitie per duos dies, in montibus per tres persequi licet.

67. QUÆRITUR 2. Si fera laqueo vel alio instrumento à te posito capta est, an alteri eximere liceat, vel jam tua sit. Covarruvias & Navarr. apud Lessium adjudicant illam eximenti, nisi contraria sit consuetudo in aliquo loco particulari. Idem sentiunt plures DD. apud eundem, qui fatetur esse probabilem. Alii, ut Molina & Lessius, respondent cum distinctione. Vel enim fera ità capta est, ut se non potuerit ampliùs extricare, tunc erit illius qui laqueum paravit, quia suo instrumento illi libertatem ademit, adeoque sufficienter apprehendit. Vel adhuc poterat se extricare, & tunc erit eximentis, quia nondum amisit potestatem recuperandæ libertatis, adeoque necdum erat planè capta. Si verò dubium esset, utrum se esset extricatura, tunc præda est inter eximentem & alterum dividenda.

68. Quoad secundum membrum distinctionis mihi videtur res certa. Indeque contra Molinam & VVaizenegger deduco, feram non esse adjudicandam illi, qui eam persequendo redegit in tales angustias, ut fugere non posset, quin denique apprehenderetur, si antequam apprehendas aut vulneres, alius eam manu capiat, vel laqueo, vel foveâ. Ratio est, quia tuo facto præcisè necdum amisit potestatem recuperandi libertatem, sed solùm erat in proximo ut amitteret, sicut diximus de illo qui priùs videret gemmam, & alius priùs apprehenderet. Colligitur etiam à posteriori. quia alioquin dicendum esset, contra Justitiam peccâsse illos Sanctos, qui feras in tali necessitate ad se fugientes, non tradiderunt insequenti, sed libertate donârunt, ut notavit Lugo n. 7.

69. Quoad primum verò membrum non libenter assentior Lessio & Molinæ, sed mallem distinguere hoc modo. Vel laqueus positus est in loco publico, ubi licitum cuivis est ponere, vel in alieno loco, invito domino loci. Si positus est in loco publico (idem est si in alieno consentiente domino) tunc assentior Lessio & Molinæ. Si verò in alio, invito domino, tunc censeo,

ſeo, dominum loci ſine ulla injuria non ſolùm feram captam, ſed etiam inſtrumentũ poſſe tanquã caducum, & quidem jure gentium, retinere. Reſponſio hæc eſt conſentanea *legi* 55. *ff. de acqr. rerum dom.* ibi Proculus.[Laqueum videamus, ne interſit in publico an in privato poſuerim, & ſi in privato poſui, utrum in meo, an in alieno, & ſi in alieno, utrum permiſſu ejus cujus fundus erat, an non permiſſu ejus poſuerim. præterea utrum in eo ità hæſerit aper, ut expedire ſe non poſſit ipſe, an diutiùs luctando expediturus ſe fuerit, &c.] Dico ergo, quòd tali caſu non fiat injuria venatori, ſi feram ſibi ſervet dominus, imò & inſtrumentum. Ratio eſt. quia ex omnium ſenſu & praxi certiſſima, ſine ullo ſcrupulo obſervari ſolita, talia non redduntur venatori: ergo ſignum eſt, quòd ex tacita conventione omnes in hanc pœnam conſentiant, ut ſi quis in loco alieno cum injuria (eo quòd dominus habeat jus prohibendi, & de facto prohibeat) laqueos ponat, & dominus inveniat, unà cum præda habeat jus auferendi. Ratio ulterior eſt, quia videtur ex terminis abſurdum, quòd quis dolo malo poſſit ſibi viam parare, ut ſibi liceat, quod alioqui ab altero poſſet jure impediri: atqui regreſſum in ſuũ fundũ poteſt alioquin dominus jure impedire, ut ſupponimus; ſi autem feram teneretur relinquere venatori, haberet venator jus redeundi ad laqueum, & feram auferendi, & ad hunc regreſſum ſibi viam paràſſet dolo malo, nam ponendo laqueum habuit intentionem redeundi ad quærendam feram, ergo, &c. Ego ſanè neminem obligarem ad talium rerum reſtitutionem; & cùm in his partibus caſus ſit quotidianus, non audivi unquam in hoc puncto ſcrupulum moveri.

70. QUÆRITUR 3. Circa Piſcationem, an qui in piſcina, vel ſtagno, aut lacu meo piſcem capit, fiat dominus piſcis. Diſtinguendum priùs eſt inter Piſcinam & Stagnum. (& quod de ſtagno dicitur à fortiori de lacu dicendum) Piſcina enim eſt locus, ubi quaſi in cuſtodia (ſicut feræ in vivario) aſſervantur & aluntur piſces, jam antè alibi capti & naturali libertate privati, & hominis operà impoſiti piſcinæ. Stagnum verò eſt locus amplior, ubi piſces per ſe creſcunt, vel inundatione importantur, & adhuc naturalem libertatem habere cenſentur, nec ità facilè poſſunt ad libitum extrahi: & ſicut ſe habet piſcina ad Vivarium ſeu Barchum, ità ſtagnum ſe habet ad ſylvam etiam circumſeptam. & ideo piſces in ſtagno needum dicuntur à Domino ſtagni poſſideri. habentur hæc *l.* 3. §. 14. *ff. de acquir. poſſeſſ.* [Item feras beſtias quas vivariis incluſerimus, & piſces quos in piſcinas conjecerimus, à nobis poſſideri. Sed eos piſces qui in ſtagno ſunt, aut feras quæ in ſylvis circumſeptis vagantur, à nobis non poſſideri, quoniam relictæ ſunt naturali libertati. Alioquin etiam ſi quis ſylvam emerit, videri eum omnes feras poſſidere, quod falſum eſt.] Hoc poſito

71. Conveniunt omnes quoad piſcinam, furtum eſſe, ſi alius inde piſcetur, nec fieri Dominum piſcis, cùm jam Dominus piſcinæ ſit illius Dominus. Quoad ſtagnum eſt major difficultas. Joannes Harpprecht, quem ſequitur VVaizenegger, docet, capientem fieri quidem Dominum piſcis, ſed dominio revocabili (ſecùs quàm qui capit feram in ſylva, qui fit Dominus irrevocabiliter) aitque piſcatorem compelli poſſe ad piſces reddendos Domino ſtagni. Hanc tamen doctrinam & diſtinctionem inter feras, & piſces, exſibilat Bocerus *in tract. de pœn. furtor. crimin. c.* 2. *n.* 89. eámque ne lynceis quidem oculis, aut animo ſagaciſſimo in Iure animadverti poſſe putat. Hanc cenſuram etſi Harpprecht ægrè ferat, reverâ tamen nec jus ullum, nec rationem efficacem affert. Ratio illius hæc eſt, quia piſces in ſtagno ſunt *quodammodo* pars aquæ (ſed quid juvat eſſe *quodammodo*, ſi non ſunt eo modo, ut ſint in dominio?) & ſunt *inſtar* fructuum: (ſed quid prodeſt eſſe *inſtar*: ſi non ſunt ità, ut cenſeantur unà cum ſtagno poſſideri? & cur non etiam feræ ſunt *inſtar* fructuum & *quodammodo* pars ſylvæ?) Deinde probat illud *quodammodo* & *inſtar* ex duplici capite. Primò quia omnis lacuum, & ſtagnorum fructus ex piſcationibus conſtat. Secundò. Quia piſces etſi liberè vagantur, ex aqua tamen ut fructus ex terra naſci intelliguntur. Concedo hæc omnia: ſed non video quomodo hinc inferri poſſit: *ergo piſcatoris dominium eſt revocabile*. Potiùs enim ſic inferendum eſſet: *ergo piſcator non fit Dominus*: ſicut qui poma in alieno decerpit, non fit Dominus. Itaque Iure communi ſpectato fit irrevocabiliter Dominus piſcis piſcator, ſicut venator feræ captæ in ſylva, & ſolùm tenetur ad refundendam ſpem, quam habebat Dominus, eoſdem piſces capiendi.

72. Nihilominus Ferd. VVaizenegger adducit Conſtitutionem Caroli V. *in Conſtit. pœnalib. art.* 169. ubi Imperator inter ſtagna, lacus privatos, & piſcinas, nullam conſtituit differentiam, ſed æquè piſcium in lacubus, ſtagnis, & piſcinis exiſtentium furtum fieri profitetur. Ex quo videtur inferri poſſe, tales piſces à Domino ſtagni jam poſſideri (ſaltèm civiliter) & eſſe in illius dominio. Ad hoc reſpondetur dupliciter. Primò dici poſſet, quòd Imperator velit quidem ut fures puniendos eſſe, reverâ tamen fures non eſſe, niſi impropriè. Secundò dici poſſet, Imperatorem ſtatuiſſe, ut qui capit piſcem, non fiat Dominus piſcis, ſed vel in ipſa captura Dominus ſtagni fiat Dominus piſcis, vel (ex communiore ſententia) ut intelligatur jam antè Dominus fuiſſe, & hoc propterea conſtitutum videri, quòd fructus ſtagnorum ſemper, & unicè in piſcatione conſiſtat, non item fructus ſylvarum in venatione: & quòd

quòd piscium captura in stagno non sit ità difficilis, & incerta, sicut ferarum in sylva.

Dubium incidens, circa potestatem Principum, prohibendi, vel arrogandi sibi Ius venandi.

73. DUBITATUR 1. An Principes possint suis subditis prohibere venationes in locis aliàs communibus, vel ad aliquem privatum spectantibus. Negativam sententiam tenuerunt Antiqui præclarissimi JCti. quibus accedunt Menochius *Consilio.* 298. *n.* 18. *lib.* 3. & Craveta *consilio* 643. *lib.* 4. *&* 945. *lib.* 5.

74. DICENDUM tamen est 1. Posse esse causas justas prohibendi. Ità post plures Covarruvias aliique RR. quos sequitur Fachineus & VVaizenegger, neque dissentiunt Theologi. Probatur, assignando justas causas prohibendi: potest enim status Provinciæ talis esse, ut salus & tranquillitas publica, subditorum utilitas & securitas, id planè exigant: nempe quando timendum esset, quòd subditi venationibus occupati agros non colerent, otio vacarent, vel sub prætextu venationis, prædones tegerentur (quod periculum nunquam facilè, meo judicio, cessabit in provinciis multas sylvas continentibus) ne arma tenerent periculosa, ne facilè ad intestinam rebellionem se possent armare, &c. Item si ad condignam Principis & Aulæ ejus sustentationem necessarium esset, Principi reservari jus venandi.

75. Præterea Principes in multis locis ideo & meritò ac jure suo prohibent, quia jam antecedenter ad talem prohibitionem acquirunt jus, ut præter ipsos nemo venetur, nisi cui ipsi concesserint, sive quia Principes hoc pacto terras subditis distribuerunt, sive quia subditi ad demerendum Principem sponte hoc jus in eum transtulerunt, sive quia per plures actus jam præscripserunt.

Neque obstat vulgaris illa levísque objectio. Quod jure naturæ licet, Princeps non potest prohibere. Habet enim contra se infinitas instantias: v.g. donatio ultra 500. solidos jure naturæ liceret etiam sine insinuatione, & tamen irritatur lege positivâ: filiusfamilias jure naturæ posset licitè & validè testari, & tamen lege positivâ non permittitur: jure naturæ liceret contrahere Matrimonium sine Testibus, & tamen prohibetur. Itaque Natura dicitur hujusmodi res facere licitas sub conditione seu ad tempus indefinitum: Quamdiu ob bonum publicum â potestate superiore (quæ â Deo est) non prohibetur.

76 DICENDUM 2. Non possunt Principes prohibere subditis, ne fructibus defendendis arceant feras, easquè abigant. Ità omnes non Theologi solùm, sed etiam Iuristæ, ut videre licet apud Harpprecht, qui præ cæteris accuratè materiam hanc totam pertractavit. Ratio est, quia cuivis sua defendere licet contra quemcunque privatum, multò magis contra bestias, quæ utique non debent ali â rusticis, seu damno rusticorum, neque hoc spectat ad Dominium Altum, quod Principes habent in bona subditorum pro casu summæ necessitatis, qualis utique non est, ut feræ possint impunè omnia depascere & devastare. Unde nullâ consuetudine contrarium obtineri potest, teste VVaizenegger th. 24. Ex quo lubet referre quid circa hoc in Bavaria sit constitutum. Bavarica Constitutio, inquit n. 25. c. 3. rusticis licentiam dat, muniendi agros contra feras, vel fossis aut sepimentis, ad eam, quæ ponenti placet, altitudinem. Sed & canes certo numero alere permittit, quibus feræ, cùm fruges depascunt, abigantur. ità quidem, ut qui domos & horrea habent ampliora, duos, qui angustiora, unum alant, eósque baculo ad collum appenso domi contineant; ubi tamen feræ in agris alicujus deprehenduntur, licet ei suum ac vicini canes â baculo liberos in agros dimittere, hac lege, ut feris exactis domum recipiantur, ut primùm fieri potest. *Geiadsordnung.* c. 18. & 20. Optima constitutio.

77. Quin imò 1627. mandavit Serenissimus Elector, ut subditi canes hominibus ad custodiam satorum constitutis adjungere, iisque cervorum incursiones arcere, non prohibeantur. Denique anno 1629. seriò præcepit, ne Statibus Provincialibus, quibus venari licet, ullâ ratione permittatur feras fructibus pendentibus in apertos & nusquam septos agros cum suo commodo, & vicinorum detrimento pertrahere.

78. QUÆRITUR 2. An Principes prohibendo venationem, obligent ex Justitia, vel tantùm ex Obedientia. R. Cum distinctione. Vel Princeps prohibet aliis venationem etiam in propriis eorum fundis, præcepto præsupponente Jus Principi quæsitum ex titulis suprà recensitis: & tunc subditi utique peccant contra Iustitiam, quia agunt contra jus alteri quæsitum. Nihilominus tamen etiam in tali casu feram sic captam non tenetur capiens restituere, sed ad summum tenetur, in quantùm interest Principis, non fuisse læsum jus suum: nam Princeps nunquam fuit dominus feræ, quia eam nondum ceperat: imò probabile est, quod docent Lessius, Molina, Palao & alii Theologi, ad nullam tunc teneri restitutionem. Principes enim hanc non solent curare nec urgere, sed contenti sunt, si solvatur pœna imposita casu quo deprehendantur. Si verò Princeps prohibet ex aliqua gravi causa, quales suprà insinuavimus, & non habet aliud Ius, nisi quod omnibus competit Iure gentium, tunc probabilius est, quod docet Vasquez & Lugo, Principem tantùm velle ex obedientia, non verò ex justitia obligare. Ratio est, quia non videtur aliter velle prohibere, quàm quo

modo solent Principes alia prohibere, ut apportationem mercium, venditionem frumenti, piperis, armorum, &c. quibus casibus nemo dicit eos peccare contra Iustitiam, agendo contra legem.

79. ℞. 2. Quando Princeps alicui Magnati applicaret jus venandi, & aliis in gratiam illius prohiberet, probabilius mihi est, alios etiam ex Iustitia obligari ad abstinendum. Ratio est, quia Princeps videtur illi velle conferre potestatem alios suâ voluntate in suum proprium commodum obligandi, aut deobligandi pro libitu, unde ille ipse Dominus posset aliis indulgere venationem, cedendo jure suo.

QUÆRITUR 3. An Princeps teneatur ad cavenda, vel resarcienda damna subditis, si quod patiantur ex venatione reservata, vel ferarum multiplicatione exorbitante. ℞. Affirmativè, nisi subditi ex pacto teneantur hujusmodi detrimenta sustinere, ut si prædia vicina comparâssent hac conditione & pacto, vel nisi ipsi neglexissent media, quibus se potuissent ex indulto Principis indemnes servare.

80. QUÆRITUR 4. Quâ pœnâ affici possint Feripetæ, vulgò *Wildbredt schitzen*, contra Principis edictum. Card. de Lugo n. 61. absolutè & indistinctè docet, non posse pœnam capitis, vel mutilationis infligi, imò nec flagellationis, nisi homini sæpiùs monito, & grave valde damnum inferenti. Fachineus addit, si Principem contemnere videretur, & incorrigibilis reputaretur. Exciperem ego casum unum, quo etiam propter unum actum posset pœnâ capitis affici ex adjunctis circumstantiis, si scilicet venatio esset expresse prohibita ex causa gravissima, v. g. ad latrocinia cavenda, ubi ad terrorem & exemplum aliorum ità puniri possent etiam primò deprehensi, præsertim si armis sub pœna capitis prohibitis usi essent, ut legimus apud Valerium Maximum.. *L. 6. de Servitute Dominorum* à Prætore Romano factum. Cæterùm ad hanc quæstionem omnium accuratissimè respondit Serenissimo Bavariæ Principi, Nicolaus Everhardus. *vol. 1. consilio.* 10. *n.* 35. *& seqq.* Imprimis ergo cùm in Iure nihil sit statutum, docet hic Auctor, hoc crimen, utpote extraordinarium, etiam extra ordinem esse coërcendum, attentis circumstantiis.

Deinde constituit varios gradus pœnarum. 1. Mulctam pecuniariam, aut carceris ad aliquot septimanas, cum aliqua maceratione corporis. Hac pœnâ coërceri potest, qui primâ vice deprehensus unam alterámve feram pellis tantùm aut etiam carnis causâ occidit, seclusis aliis circumstantiis. 2. Relegationem perpetuam cum cautione jurata. Quâ pœnâ plecti posset, qui jam semel mulctatus, denuò venatus esset: vel qui, etsi nunquam mulctatus, multas tamen feras cepisse deprehensus esset. 3. Amputationem manûs dextræ, cum repetita relegatione & cautione de non redeundo, vel condemnationem ad triremes, vel in opus publicum: quâ pœnâ digni sunt, qui contra fidem juratam redeunt in Provinciam, iterum venantes, tum propter perjuriũ, tum propter Principis contemptum. 4. Pœnam mortis, vel saltèm abscissionem etiam alterius manûs, si aliæ circumstantiæ concurrant, v. g. si jam ter punitus necdum cessat. Tunc enim locum habet illud. 1. Reg. c. 14. *Qui Principi non obedierit morte moriatur.* Sed hæc (ut fatear) extra orbitam instituti operis mei, cujus finis est jus Privatorum tradere, & Modos Acquirendi dominium venatione, non autem examinare circumstantias venationis justæ, vel injustæ, quæ ex generalibus principiis tr. 2. traditis resolvenda sunt. Cætera ad jus publicum spectant.

APPENDIX

De Columbariis & Alveariis.

81. QUÆRITUR 1. An Columbaria sint licita cum damno agrorum vicinorum. ℞. Affirmativè: quia omnes vicini in hoc sunt æqualis conditionis, & hoc consuetudo ostendit, nec censentur columbæ plus damni quàm commodi afferre agris, propter stercorationem.

82. QUÆRITUR 2. An liceat in tuo columbario exponere talem escam, aliámve facere commoditatem, quâ alliciantur alienæ columbæ ad tuum columbarium, & consuetudinem redeundi ad proprium amittant. ℞. Directè non licet hoc intendere, ne quidem per media alioquin licita secundùm se; hoc enim esset directè velle alteri suum dominium & jus minuere, & damnum inferre; sicut non liceret fistulando allicere aviculam alterius. Indirectè tamen licet dare talem causam, utendo mediis per accidens talem recessum causantibus, v. g. meliùs pascendo tuas columbas, erigendo columbarium in altiore loco, &c.

Quamvis non sit reprehendenda consuetudo, reddens licitam etiam directam intentionem, quia jam intervenit mutuus consensus.

83. QUÆRITUR 3. An Columbas extra columbarium vagantes, capere liceat, aut occidere. ℞. Negativè, quia etsi feræ naturæ sint, sicut & pavones §. 15. cùm tamen consuetudinem redeundi habeant, manent in dominio priore, cui auferre invito suum non licet, nisi consuetudo non improbata id licitum faceret.

84. QUÆRITUR 4. Circa Alvearia, an apes illæ tuæ sint, quæ in arborem tuam involant, ibique mellificant & nidificant, & alvearii locum faciunt. Ad hoc respondet Imperator Justinianus §. 16. Apium quoque fera natura est. Itaque apes, quæ in arbore tua consederint,

derint, antequam à te alveo includantur, non magis tuæ intelliguntur esse, quàm volucres, quæ in arbore tua nidum fecerint. Ideóque si alius eas incluserit, is earum Dominus erit. Favos quoque si quos effecerint, eximere quilibet potest. Planè, integrâ re, si prævideris ingredientem fundum tuum, poteris eum Iure prohibere, ne ingrediatur. Examen quoque, quod ex alveo tuo evolaverit, eò usque intelligitur esse tuum, donec in conspectu tuo est, nec difficilis persecutio ejus est: alioquin occupantis fit. Hucusque Imperator.

Ne autem aliquis inde deduceret, idem dicendum esse de gallinis & anseribus, subdit §. 16. [Gallinarum autem & anserum non est fera natura. Ideoque si anseres tui, aut gallinæ tuæ aliquo modo turbati, turbatæve evolaverint, licèt conspectum tuum effugerint, quocunque tamen loco sint, tui tuæve esse intelliguntur: & qui lucrandi animo ea animalia detinet, furtum committere intelligitur.]

85. Circa apes claritatis gratiâ distinguendum est. Si enim eas in arbore tua consedisse, & jam nidificâsse ac mellificâsse videns, habeas animum, eas unà cum arbore ut tuas possidendi, virtute cujus intentionis pergis illam arborem possidere, hoc ipso jam satis eas apprehendisti, sicut apprehendere censeris pisces, si qui descendunt ex flumine in tuam piscinam, unde ascendere non possint: nec enim requiritur, ut talis locus sit ex industria ad hoc constructus; neque necesse est, ut apes illas manu contrectes, aut arborem amplectaris, aut alveario artefacto includas: cur enim non possis earum Dominus fieri, volendo illas pro alveario in arbore retinere, tanquam in loco sibi grato?

86. Priùs tamen, quàm talem animum habeas, & antequam illæ nidificent, seu mellificent, sicque in arbore stabilem sedem figant, non erunt tuæ. Imò si ex alieno alveario huc volâssent, non licet tibi eas tuo alveario includere, quamdiu animum redeundi non planè deposuerint: unde & tintinnabulis potest eas Dominus revocare, vel aliàs tamdiu persequi, quamdiu conspectum ejus aut famulorum non effugerunt, & adhuc facilis est earum persecutio.

87. Cæterùm, non insulsè aliquis dubitare posset, cur Imperator non faciat discrimen inter apes feras, & non feras, sicut fecit §. 16. discrimen inter anseres feros & non feros. Certè Plinius judicavit apes vernaculas non esse feræ naturæ, quod ex Juristis etiam censuit Hotomannus & Tuningius, ut proinde horum sententiâ de cicuribus apibus non videatur procedere textus adductus, quòd alius eas à me avolantes, & conspectum meum effugientes, possit includere. Accedit, quòd non minùs, quàm anseres & gallinæ ad suum alvearium redeant, etiamsi pro suo alimento evolent. Nihilominus dicendum est, etiam has esse feras, sicut sunt columbæ & pavones; quòd enim redire consueverint, non ex natura sua, sed extrinsecùs assumpta consuetudine faciunt. Quod etiam inde patet; quia quando novo sibi Rege constituto examen avolat, non redit ad prius alvearium, sed novam sibi sedem eligit, ubicunque illam repererit, quod anseres aut gallinæ non faciunt.

CONTROVERSIA IV.

De reliquis Modis acquirendi Iure Gentium.

SUMMARIUM.

Qui

88. TErtium acquirendi modum refert Imperator. §. 19. *Item ea quæ ex animalibus dominio tuo subjectis nata sunt, eodem jure tibi acquiruntur.* Sed quia dubitari poterat, cujus esset hinnulus, qui natus est ex equa tua, quæ concepit ex equo meo, ad hoc respondetur. *l.* 5. §. 2. *ff. de rei vindic. Idem scribit, si equam meam equus tuus prægnantem fecerit, non esse tuum, sed meum, quod natum est.* Quodsi quis invito Domino equum alienum in equam suam immiserit, in factum actione tenebitur. *l.* 52. §. 20. *ff. de furtis. in fine.*

89. Quartus modus est per Alluvionem. Nam quod per alluvionem agro tuo flumen adjecit, jure gentium tibi acquiritur. Est autem Alluvio incrementum latens. Per Alluvionem autem id videtur adjici, quod ità paulatim adjicitur, ut intelligi non possit, quantum quoquo temporis momento adjiciatur. §. 20.

90. QUÆRES, ad quem pertineat incrementum, si fundus sit fructuarius. ℞. Quoad fructum ad Usufructuarium, quoad proprietatem ad proprietarium. *l.* 9. §. 4. *ff. de Usufr. Placuit alluvionis quoque usumfructum ad proprietatem pertinere.* Et hinc meritò inferunt ulteriùs DD. propter alluvionis incrementum, non esse Emphyteutæ canonem, vel aliud onus, aut servitium augendum.

91. Quintus modus acquirendi fit vi fluminis. §. 21. [Quodsi vis fluminis de tuo prædio partem aliquam detraxerit, & vicini prædio attulerit: palàm est, eam tuam permanere. Planè si longiore tempore fundo vicini tui hæserit, arborésque, quas secum traxit, in eum fundum radices egerint, ex eo tempore videntur vicini fundo acquisitæ esse.]

Differt ergo hic modus ab alluvione, quòd subitò non lentè, sed uno impetu adjiciatur, & non statim acquiratur fundo cui adjicitur, sed tunc primùm, cùm longiore tempore fundo cohæreat, & arbores in fundum radices egerint.

92. Huic tamen textui videtur adversari quod habetur. *l.* 5. §. 3. *ff. de Rei Vind.* ubi dicitur : *de arbore quæ in alienum agrum translata coaluit, & radices immisit, Varus, & Nerva utilem in rem actionem dabant.* Ergo prior Dominus dominium non amisit, alioquin non competeret ei in rem actio, quæ non datur nisi Domino, vel cui Dominus actionem cessit, & in quibusdam aliis casibus suo loco recensitis: *de rei vin.* Variæ sunt viæ conciliandi has leges. Prima interpretatio & conciliatio est Joan. Harpprecht, & VVurmseri *lib.* 2. *Con.* 6. (quam etiam aliquando tenuerat Hunnius, sed eam postea tanquam divinatoriam deseruit) & est hæc, quòd hic textus non tribuat actionem utilem rei vindicationis illi, à cujus fundo avulsæ sunt arbores, sed illi cujus fundo adhæserunt, & radices egerunt, nempe si quis alius illas occuparet, contra illum haberet actionem utilem, non utilem in eo sensu, quo opponitur directæ (habet enim directam, quia est verus Dominus) sed utilem, id est, efficacem. Hæc tamen interpretatio mihi non placet, & rejicitur ex verbis adjunctis (quæ Harpprecht referre omisit) & sunt hæc: *Nam si nondum coaluit, mea esse non desinet.* Ex quibus clarè colligitur, quòd etiam priora verba loquantur de eo, à cujus fundo avulsæ sunt arbores : ut sensus sit: si radices egerunt, non datur directa, sed tantùm utilis actio, nam si non egerunt, datur directa.

93. Secunda interpretatio est Hunnij, quòd detur priori Domino utilis actio, non quâ arbores ipsas consequatur, sed earum æstimationem, quam ipsi à Domino agri præstari æquissimum sit. Verùm hæc responsio non placet, quia reverà talis nullo jure tenetur ad æstimationem præstandam, cùm arborum dominium acquisiverit non minori jure, quàm qui acquirit per alluvionem.

94. Tertia est, utilem actionem tunc dari, quando non vi fluminis (de qua loquitur. §. Inst.) sed facto hominis arbor translata est. Ità Mynſ. & VVesenbet. apud Manzium. Verùm & hæc est mera divinatio, cùm nullo verbulo talis distinctio insinuetur.

Quarta est : In Digestis ab Ulpiano solùm historicè narrari, non item approbari, quòd Varus & Nerva utilem actionem dederint. Hanc conciliationem amplectuntur plerique, Accursius, Bartolus, Donellus, Gilkenius, Bocerus, & alii. & hanc etiam amplectitur glossa litt. d. post medium, his verbis. *dic ergo secundum B. & Jo. hîc : sed nos non damus* (id est utilem in rem actionem) volunt ergo isti, quòd Ulpianus subticuerit : *sed nos non damus.* Certè Ulpinianus referens alioquin aliorum sententias, solet eas ità proponere, ut vel expresse approbet, vel satis insinuet : hîc autem per vocem : *Dabant.* planè

planè indicat, hoc quidem olim obtinuisse, sed modo non ampliùs obtinere.

95. Sextus modus acquirendi jure gentium est, si Insula de novo in flumine nascatur. §. 22. [Insula in flumine nata, si quidem mediam partem fluminis tenet, communis est eorum, qui ab utráque parte fluminis prope ripam prædia possident, pro modo scilicet latitudinis cujusque fundi quæ prope ripam est. Quodsi alteri parti proximior sit, eorum est tantùm, qui ab ea parte prope ripam prædia possident. Quodsi aliquâ parte divisum sit flumen, deinde infrà unitum agrum alicujus in formam insulæ redegerit, ejusdem permanet is ager cujus & fuerat.] & *l.* 1. §. 6. *ff. de fluminibus.* [Si insula in publico flumine fuerit nata, inque ea aliquid fiat, non videtur in publico fieri. Illa enim Insula aut occupantis est, si limitati agri fuerunt, aut ejus cujus ripam contingit, aut si in medio alveo nata est, eorum est qui prope utrasque ripas possident.]

Objici posset lex penult. §. fin. ff. h. t. ubi dicitur. [Si id quod in publico natum, aut ædificatum est, publicum est, insula quoque, quæ in publico flumine nata est, publica esse debet.] Donellus respondet, his verbis nihil absolutè, sed tantùm conditionatè affirmari. Non placet: cur enim Labeo non pronuntiaret absolutè? Verius respondet Hotomannus, nec improbat Hunnius, omissam esse particulam negativam ab initio totius legis ponendam. *Non, si quod in publico* (i. e. loco civitatis) *ædificatum*, &c. Negatur ergo inter hæc, & Insulam paritas. Et meritò. nam Insula nascitur cum detrimento prædiorum vicinorum, quibus adimitur: item vicini debent reficere ripas fluminis: ergo æquum est, ut & commodum sentiant.

96. Itaque Insula de novo nascitur, quando terra apparet, quæ antè erat aquâ tecta. Non item nascitur, sed fit, quando flumen in duo cornua divisum circundat agrum jam antè possessum, & in formam Insulæ redigit, quo casu manet ager prioris Domini.

97. Circa Insulã de novo apparentem quæritur quomodo intelligenda divisio relata in textu §. 22. ℞. Imprimis quoad Longitudinis Insulæ considerationem non est magna difficultas: pertinet enim ad eos ad quos agri vicini, cum ea proportione, quam habet respondentem in Insula. Quoad latitudinem verò non est difficultas satis expedita in textu, dum dicitur, esse illius ripæ, cui est proximior; communem autem utrique parti riparum, si mediam partem fluminis obtineat. Difficultas autem est in eo: quia nunquam continget, ut Insula ità in medio nascatur, ut quoad extremitates non sit uni vicinior quàm alteri ripæ: an ergo, si vel uno vel altero pede est uni ripæ vicinior, statim tota illi ripæ cedet?

98. Pro hujus rei intelligentia placet referre modum faciendæ divisionis, quæ est Bartoli. Nam si Insula esset perfectè & Mathematicè in medio, medietas cederet uni, & medietas alteri: si autem Insula esset plus versus unam partem, quàm versus aliam, illa tantùm pars insulæ, quæ uni parti propinqua (secundùm cordam ductam per medium fluminis, & in medio nodo signatam) illius fundi esset, & illa quæ magìs propinqua alteri, cederet alteri. Putat deinde Bartolus, mediam fluminis partem posse deprehendi, si dividatur tota fluminis latitudo in tres partes æquales, tunc enim, si insula teneat illam partem fluminis quæ est in medio, putat inter vicinos dividendam esse, secundùm proportionem majoris vel minoris vicinitatis. si autem extra mediam illam partem tota esset in parte unius ripæ, tota illi cederet. Ego rem sic concipio, quòd tota insula spectet ad ripam A. si tota residet ex illa parte, ità ut nihil notabile Insulæ se extendat ultra medietatem fluminis versus ripam B. & econtra. Si autem se notabiliter extendat ultra medietatem, illa pars pertinebit ad alteram ripam. Ratio est, quia illa insula censetur nata ex partibus riparum à flumine arrosarum.

99. Objici posset lex penult. §. *ult. ff. de acquir. rerum dom.* ubi dicitur. *Si id quod in publico innatum aut ædificatum est, publicum est, insula quoque, quæ in flumine publico nata est, publica esset debet.* Glossâ Gothofredi contradicit huic textui, & dicit: *imò privatorum est.* ℞. Hunc §. esse intelligendum conformiter ad §. 2. præcedentem, ubi sic distinguitur. [Si qua insula in flumine publico proxima tuo fundo nata est, ea tua est. Videamus ne hoc verum sit de ea insula NB. quæ non ipsi alveo fluminis cohæret, sed virgultis aut aliâ qualibet levi materiâ ità sustinetur in flumine, ut solum ejus non tangat, atque ipsa movetur: hæc enim propemodum publica atque ipsius fluminis est insula.] Itaque §. ultimus intelligendus est de Insula natante, qualem ego vidi valde magnam in lacu Ebersspergensi. Ratio autem diversitatis cur hæc Insula natans non item solo & alveo cohærens, fiat juris publici, est hæc, quia illa prognascitur ex flumine potiùs quàm terra, ideo sicut flumen est publicum, ità & hoc accessorium illius tanquam principalis. At verò Insula inhærens alveo sicut mediante alveo continuatur cum ripis, ità ex riparum arrosione progigni creditur: quid mirum ergo, quòd illis cedat, quorum diminutione coalescit?

100. Septimus acquirendi modus Iure gentium est, Alvei mutatio. [Quodsi (inquit textus §. 23. & 24.) naturali alveo in universum derelicto, ad aliam partem fluere cœperit, prior quidem alveus eorum est, qui prope ripam ejus prædia possident, pro modo scilicet latitudinis cujusque agri, quæ propè ripam sit. Novus autem alveus ejus juris esse incipit, cujus & ipsum flumen est, id est publicus. Quodsi post aliquod tempus ad priorem alveum reversum fuerit

flumen, rursus novus alveus eorum esse incipit, qui prope ripam ejus prædia possident. Alia sanè causa est, si cujus totus ager inundatus fuerit. Neque enim inundatio fundi speciem commutat: & ob id si recesserit aqua, palàm est, eum fundum ejus manere cujus & fuit.]

101. Sed meritò circa hoc dubitatur, cur ager inundatus, & iterum relictus, restituatur totus pristino Domino, non item alveus de novo occupatus, & iterum relictus, restituatur illis, quorum agros absumpserat, sed dividatur inter prædia vicina sicut Insula? ℞. Discrimen fundari in eo, quòd per inundationē non censeatur forma agri immutata, sicut per alvei inductionem, quâ proinde desinit ille fundus esse privatorū, sed fit publicus sicut flumen est. Ulterior autē hujus ratio est, quia per se loquendo alveus stabiliter occupatur, & valde per accidens est, si iterū deseratur, neque hoc est moraliter spectabile: at verò inundatio sicut est repentina, ità non est stabilis, sed brevi tempore durat. Cæterùm, ex æquitate quandoque in alveo contrarium observatur, & redditur priori Domino, nam lege 7. §. 6. *versu cujus totum. ff. de acquir. rer. dom.* hoc satis indicatur, dum dicitur, *stricto Iure* ità fieri, ut vicinis prædiis cedat, & in fine additur. *Sed vix est, ut id obtineat.*

102. Illud non assequor, quare Schneidewein dicat, inundatione agrorum possessionem interrumpi, & per consequens etiam interrumpi usucapionem, & ità rarò fieri posse, ut isti qui possident prædia penes flumen, quæ sæpè inundari solent, usucapionem rectè valeant expedire. Citat duas leges pro hac assertione, quæ tamen in terminis contradictoriis loquuntur. Primò citat legem 3. §. 17. ff. de acquir. possess. cujus hæc sunt verba. *Labeo & Nerva filius responderunt, desinere me possidere eum locum, quem flumen, aut mare occupaverit.* deinde citat legem 30. §. 3. eod. verba sunt hæc. *Quod mari aut flumine occupatum sit, possidere non desinimus.* Sanè ut hæ leges cohæreant, videtur prior intelligenda de stabili occupatione, secunda de temporaria: & in priore casu interrumpetur usucapio, non in posteriore, quam proinde non debebat pro se citare dictus auctor, cùm in terminis illi contradicat.

103. Octavus acquirendi modus est, Specificatio. Est autem specificatio introductio formæ in materiam, ut si quis ex uvis aut olivis faciat vinum aut oleum, ex auro vel argento vas, ex vino & melle mulsum, ex Medicamentis Emplastrum, ex lana vestimentū, ex tabulis navem, &c.

104. QUÆRITUR jam, si quis ex aliena materia speciem fecerit, quis speciei Dominus sit, an qui fecerit, an qui materiæ Dominus fuerit. Ad quod respondetur §. 25. [Si ea species ad priorem & rudem materiam reduci possit, eum videri Dominum esse, qui materiæ Dominus fuerit; si non possit reduci, eum potiùs intelligi Dominum, qui fecerit. Ut ecce! vas conflatum potest ad rudem materiam æris, vel argenti, vel auri reduci: vinum autem, vel oleum, aut frumentum ad uvas, vel olivas, vel spicas reverti non potest. At ne mulsum quidem ad vinum, & mel resolvi potest. Quodsi partim ex sua materia partim ex aliena speciem aliquam fecerit quis, veluti ex suo vino, & alieno melle mulsum miscuerit, aut ex suis & alienis medicamentis emplastrum aut collyrium, aut ex sua lana, & aliena vestimentum fecerit, dubitandum non est, hoc casu eum esse Dominum, qui fecerit, cùm non solùm operam suam dederit, sed & partem ejusdem materiæ præstiterit.] Hâc ergo ratione conciliavit Imperator Proculum, & Sabinum, seu Proculianos, & Sabinianos. Nam Proculiani universim speciem de novo factam auctori adjudicabant, quasi opus de novo factum factoris ideo sit, quia antea nullius fuit, & ab eo primò occupatur. Econtra Sabiniani adjudicarunt Domino materiæ, eò quòd forma sit quid accidentale, & accessorium sequatur principale, sicut accidens est entis, id est, substantiæ Ens.

Imperator verò respexit ad naturam speciei factæ, & si quidem posset forma inducta ità auferri, ut salva maneret substantia, seu materia, vera esset sententia Sabinianorum, secùs, vera esset Proculianorum.

105. Advertendum porrò hîc est 1. Non esse specificationem, si quomodocunque aliquid accidentaliter immutetur, sed debet ità immutari, ut in commercio humano sortiatur quodammodo novam rationem entis, novóque ideo nomine substantivo efferatur, & non merè adjectivè variatum sit: ità sanè differunt uvæ & vinum, oliva & oleum, aurum & statua, vinum mel, & mulsum, &c. non item lana nativi coloris, & lana tincta, quæ semper adhuc venit nomine lanæ, unde qui lanam alienam tinxit, quantumvis effecerit, ut lana non possit in pristinum statum restitui, nihil tamen suum fecit, sed manet lana illius cujus antè fuerat. *L. 26. §. ult. ff. de acquir. rer. dom. Si meam lanam feceris purpuram* (id est, infeceris purpurâ) *nihilominus meam esse Labeo ait, quia nihil interest inter puram, & eam lanam, quæ in lutum aut cœnum cecidisset, atque ità pristinum colorem perdidisset.*

Pari modo potest reddi ratio, ejus quod l. 7. §. 7. in fine eod. dicitur: [videntur tamen mihi rectè quidam dixisse, non debere dubitari, quin alienis spicis excussum frumentum ejus sit, cujus & spicæ fuerunt, cùm enim grana, quæ spicis continentur, perfectam habeant suam speciem, qui excussit spicas, non novam speciem facit, sed eam quæ est, detegit.

106. Dices 1. Hoc non cohæret cum textu §. 25. ubi idem dicitur de frumento ex spicis facto, quod de vino ex uvis facto: & sanè videtur esse paritas. nam etiam vinum solùm detegitur detractis pelliculis. ℞. Textum paragraphi esse desumptum ex lege 7. citata, & secundùm

cundùm illam intelligendum, & Vigelius dicit, fuisse in Instit. aliquid omissum. Disparitas autem inter vinum & frumentum hæc est, quòd uvæ & olivæ antequam exprimantur, habeant alium usum, & habeant verè rationem cibi, & non rationem potûs, &c. hinc dicunt Theologi succum pelliculis adhuc inclusum consecrari non posse, cùm tamen possit vinum inclusum dolio. Grana verò intra spicas nullum usum habent, sed tunc primùm cùm excutiuntur.

Dices 2. Ergo etiam farina erit illius, cujus fuerunt grana, & non molitoris; quia licèt non possit reduci ad priorem statum, grana tamen non videntur habere usum, nisi redigantur in farinam. Respondeo tamen negando illatum, & censeo fore molitoris, quod etiam asserit Collegium Argentoratense: falsum enim est, quòd grana non habeant humanum usum diversum ab usu farinæ, pro diversitate frumenti: imò universaliter habent usum seminis.

107. DUBITATUR, & meritò, utrum, ad hoc ut qui speciem ex aliena materia fecit, fiat speciei Dominus, perinde sit, etiamsi malâ fide fecerit, sciens esse alienam. Affirmant VVesenbecius, Heigius, Bachovius & alii. Communior tamen sententia requirit inculpabilem ignorantiam alienæ materiæ. Vnde inferunt, quòd si duo concurrant in specie facienda, atq; unus bonam fidem, alter malam fidem habeat, quòd inquam, spectet ad materiæ Dominum, & specificantem bonâ fide. Probatur autem ex *Lege* 12. §. 3. *ff. ad exhibendum.* [Si quis ex uvis meis mustum fecerit, vel ex olivis oleum, vel ex lana vestimenta, cùm sciret hæc aliena esse, utriusque nomine ad exhibendum actione tenebitur, quia quod ex re nostra fit, (*malâ fide*) nostrum esse verius est.] Ratio redditur: quia talis videtur operam suam donare. arg. l. 53. ff. de R. J. *Cujus per errorem dati repetitio est, ejus consultò dati donatio est.* Hinc infero, non fore malæ fidei eum, qui sciens rem esse alienam, inculpabili tamen errore putat, Dominum materiæ non esse invitum, dummodo illi pro materia fiat compensatio: talis enim utique non potest censeri velle operam suam donare.

108. Circa illud, quod in textu dicitur, quòd si materia possit ad pristinum statum reduci, opus factum pertineat ad Dominum materiæ, occurrunt duæ leges, quæ in speciem contrariæ esse videri possent, quatenus una dicit, navem ex aliena materia factam, pertinere ad eum qui navem fecit, & est lex 26. *ff. de acquir. rer. dom.* alia verò dicit, pertinere ad Dominum materiæ, & est lex 61. ff. de rei vindicatione. Conciliantur tamen dicendo, quòd posterior loquatur, quando navis est facta ex tabulis alterius, quatenus navis in illas resolvi posset. [Minicius interrogatus si quis navem suam alienâ materiâ refecisset, num nihilominus navis ejusdem maneret? Respondit manere. Sed si in ædificanda ea idem fecisset, non posse Julianus notat, nam proprietas totius navis carinæ causam sequitur.] In altera verò sermo est, quando quis navem fecit, non ex alienis tabulis jam antea confectis, sed ex aliena cypresso, ex qua & ipse tabulas confecit, tunc enim non potest redire ad pristinam formam. [Sed si meis tabulis navem fecisses, tuam navem esse, quia cupressus non maneret, sicut nec lana vestimento facto, sed cupresseum aut laneum corpus fieret.]

109. Circa illud etiam, quod in fine §. dicitur, eum esse Dominum, qui & materiæ partem subministravit, & specificationis auctor est, quæritur, an hoc etiam verum sit, si opus possit ad pristinam naturam reduci. Respondetur ex communiore sententia negativè: tunc enim unusquisque suæ materiæ Dominus manebit. l. 12. §. 1. ff. de acquir. rer. dom. [Si ære meo, & argento tuo conflato, aliqua species facta sit, non erit ea nostra communis, quia cùm diversæ materiæ æs atque argentum sit, ab artificibus separari, & in pristinam materiam reduci solet.]

110. QUÆRES, quo Iuris remedio uti possit Dominus materiæ, si specificator illius Dominus se invito factus sit. ℞. Domino materiæ dabitur actio *in factum* contra specificantem, ad consequendam materiæ æstimationem. *L.* 23. §. 4. *ff. de Rei vind.* [In omnibus igitur istis, in quibus mea res per prævalentiam alienam rem trahit, meámque efficit, eam rem vindicem, per exceptionem doli mali cogar pretium ejus, quod accesserit, dare.]

Nonus acquirendi modus est Accessio, ad quam primò reducitur Intextura. §. 26. [Nam si alienam purpuram vestimento suo quis intexuerit, licèt pretiosior sit purpura, tamen accessionis vice cedit vestimento, & qui Dominus fuit purpuræ, adversus eum qui subripuit, habet furti actionem, & condictionem (*intellige furtivam*) sive ipse sit, qui vestimentum fecit, sive alius. Nam extinctæ res, licèt vindicari non possint, condici tamen à furibus, & quibusque aliis possessoribus possunt.]

Differt sanè hîc acquirendi modus à specificatione, quæ fit partim ex propria partim ex aliena materia: nam in specificatione utriusque materia est aliquo modo principalis in ordine ad recipiendam formam inducendam: in Accessione verò, seu Intextura, forma vestimenti, v. g. inducitur in materiam vestimenti principalem, cui purpura tanquam minùs principalis & accessoria copulatur, unde vestis purpurea dicitur. Unde solet hæc regula tradi. Si species est jam confecta, v. g. vestis, quod ei additur (ut purpura) toti cedit: velut si statuæ pes adderetur ex aliena materia, si scypho ansa, si annulo gemma, &c. Ità habetur in terminis. *l.* 23. *cit.* §. 2. *de Rei Vind.*

Quodsi bonâ fide facta est intextura, habet ille cujus purpura fuit, condictionem sine

causa, vel actionem ad exhibendum. *l. 1. §. fin. ff. de condict. sine causa.* ibi. *constat id demum alicui condici posse, quod, vel non ex justa causa ad eum pervenit, vel redit ad non justam causam: & l. 6. ff. ad exhibend. Gemma inclusa auro alieno, vel sigillum candelabro, vindicari non potest, sed, ut excludatur, ad exhibendum agi potest.* Si verò malâ fide, qualis actio competat, recitatum est in textu, nempe actio furti, & condictio furtiva adversus quemvis malæ fidei possessorem, & hæredes illius, eo sensu quo explicatum est in primo tractatu, cùm ageretur de furto.

111. Reducitur huc. 2. Ferruminatio, & Plumbatura. Ferruminatio est, cùm metalla diversorum in unum corpus conjunguntur, ut solent contusione copulari duo frusta candentia. Plumbatura fit, quando per dissimilem materiam conjunguntur, v. g. plumbo, aut stanno, aut clavis, &c. De his nihil specialis difficultatis occurrit, nempe datur etiam actio ad exhibendum, ut separentur materiæ, & tunc vindicentur. *l. 23. §. 5. ff. de R. V.*

112. Decimus acquirendi modus est Confusio. §. 27. [Si duorum materiæ ex voluntate Domini confusæ sint, totum id corpus quod ex confusione fit, utriusque commune est: veluti si qui vina sua confuderint, aut massas argenti, vel auri conflaverint. Sed etsi diversæ materiæ sint, & ob id propria species facta sit: fortè ex vino & melle mulsum, aut ex auro & argento electrum, idem juris est. Nam, & hoc casu communem esse speciem non dubitatur. Quodsi fortuitò, & non voluntate Dominorum confusæ fuerint, vel ejusdem generis materiæ, vel diversæ, idem juris esse placuit.] Ità textus, qui claritatis gratiâ sic exponi potest.

113. Confusio itaque est, quando duæ materiæ (seu ejusdem, seu diversæ speciei) liquidæ ità miscentur, ut ab invicem separari non possint arte humanâ, & ordinariâ, & consequenter non existat reverâ una pars sensibilis contradistinguibilis ab altera, sed intimè misceantur, ut fit, cùm vinum vino, vel melli miscetur. Vel ergo fit hæc confusio consentiente utroque Domino, & tunc mixtum quod inde resultat, est utrique commune, & pro indiviso ad eos pertinet, etiamsi specificatio facta sit, v. g. mulsum. vel fit casu fortuito, ut si vinum vino confunditur, & tunc est etiam utrique commune. Vel fit ex unius intentione sine consensu alterius, & tunc distinguendum est: si enim fiat specificatio, v. g. ex unius melle, & alterius vino mulsum, tunc est illius, qui miscuit animo acquirendi dominium, ut dictum de specificatione, quia & materiam, & operam præstitit. Si verò nulla nova forma resultat, tunc iterum manet corpus commune.

114. Secùs se res habet in confusione materiarum, quæ arte possint ab invicem separari, v. g. confusio æris cum argento, plumbo, &c. Nam in hoc casu confusio comunionem non inducit, & manet hìc quisque suæ materiæ Dominus, eámque is vindicatione petere potest, vel agere priùs ad exhibendum, ut jam suprà dictum est.

115. Undecimus acquirendi modus est Commixtio, quæ differt à Confusione formaliter & propriè sumpta, quòd fiat in corporibus solidis. §. 28. [Nam si frumentum Titii frumento tuo mixtum fuerit, si quidem ex voluntate vestra, commune est: quia singula grana, quæ cujusque propria fuerunt, ex consensu vestro communicata sunt. Quodsi casu id mixtum fuerit, vel Titius id miscuerit sine tua voluntate, non videtur commune esse, quia singula corpora in sua substantia durant, &c. Sed si ab altero vestrum totum id frumentum retineatur, in rem quidem actio pro modo frumenti cuiusque competit; arbitrio autem Iudicis continetur, ut ipse æstimet, quale cujusque frumentum fuerit.] Ità textus.

116. In commixtione itaque illud speciale constitutum est, ut si ex unius voluntate commisceantur, v. g. tuum & meum frumentum, tunc non fiat unus cumulus communis utrique, quia singula corpora manent in sua substantia, & secundùm se sunt adhuc separata à cæteris, esto discerni non possint; unde alter manet suæ partis Dominus, eámque petere potest, distinctione tamen adhibitâ inter quantitatem & qualitatem. Quantitas enim venit in actionem; qualitatis verò ratio habetur officio Iudicis: v. g. Modius mei frumenti optimi & purissimi casu commiscetur cum duobus modiis tui frumenti deterioris: non possum vendicare mea grana, quia non possint discerni: vindico tamen modium frumenti, quæ est quantitas meæ materiæ mixtæ: quia verò consecuturus sum frumentum deterius, par est, ut hujus rationem habeat Judex, & faciat, ut ratione deterioris frumenti damnum quod patior resarcias.

117. Contra hanc Justiniani Constitutionem objicitur *lex. 78. ff. de solutionibus & liberationibus*, ubi dicitur, quòd si pecuniæ alienæ solutæ sunt, manent ejus, cujus fuerint; si mixtæ essent, ità ut discerni non possent, ejus fieri qui accepit. Ità ut actio furti competeret Domino contra eum qui dedisset. Ergo mixtio etiam frumenti, si fiat animo acquirendi dominium, operabitur, ut frumenti dominium transeat ad eum qui admiscuit suo.

118. Ad hanc objectionem respondet Julius Pacius, in hujus legis casu non ex simplici mixtione, sed propter vim solutionis creditorem fieri Dominum pecuniæ. Sed contra est. Quia si propter vim solutionis hoc fieret, pari modo Dominus fieret, si nullâ mixtione factâ daretur in solutum.

Card. de Lugo respondet, tunc per mixtionem acquiri dominium, quando parva quantitas

titas, seu frumenti, seu pecuniæ alienæ, misceatur quatitati majori propriæ, ut sic illa parva absumi videatur, & de tali mixtione esse sermonem in citata lege. 78. in §. autem. 28. Inst. esse sermonem de mixtione alienæ quantitatis, vel æqualis, vel majoris. Verùm hæc responsio nullo juris apice indicatur.

Mihi placet Responsio Collegii Argentor. Quòd in pecuniæ permixtione hoc specialiter constitutum sit, propter usum nummorum quotidianum in commerciis, ne ex dominii incertitudine in nummis admissa, contractus innumeri fluctuent, præsertim contractus Mutui, & Emptionis, qui sunt quotidiani.

119. Duodecimus acquirendi modus est Ædificatio. De quo sunt duo §. §. 29. & 30. Prior sic habet. [Cùm in suo solo aliquis ex aliena materia ædificaverit, ipse intelligitur Dominus ædificii, quia omne quod solo inædificatur, solo cedit. Nec tamen is qui materiæ Dominus fuerat, desinit Dominus ejus esse, sed tantisper neque vindicare eam potest, neque ad exhibendum de ea re agere propter legem duodecim tabularum, quâ cavetur, ne quis tignum alienum ædibus suis junctum eximere cogatur, sed duplum pro eo præstet per actionem, quæ vocatur *de tigno juncto*. Appellatione autem tigni omnis materia significatur, ex qua ædificacia fiunt. Quod ideo provisum est, ne ædificia rescindi necesse sit. Quodsi aliqua ex causa dirutum sit ædificium, poterit materiæ Dominus, si non fuerit duplum jam consecutus, tunc eam vindicare, & ad exhibendum de ea agere.]

120. Intelligendus est hic §. de ædificiis, quæ solo affixa sunt, & immobilia: quæ enim solo moveri possunt, solo non cedunt, *l. 60. ff. de acquir. rer. dom.* [Titius horreum frumentarium novum ex tabulis ligneis factum mobile in Seij prædio posuit, quæritur, uter horrei Dominus sit; respondit, secundùm ea quæ proponerentur, non esse factum Seij.] Unde à fortiori infertur, quòd si ipse Sejus ex alienis lignis in suo solo fecisset, non fieret ejus Dominus.

121. QUÆRES. 1. An nec à malæ fidei ædificatore possit materia vindicari. ℞. Non posse, ob rationem allatam in textu, ne ædificia diruantur, & colligitur ex *Lege 1. ff. de tigno juncto*. [Lex duodecim tabularum neque solvere permittit tignum furtivum, ædibus, vel vineis junctum, neque vindicare.]

Dices. Imò datur contra malæ fidei ædificatorem actio ad exhibendum. *l. 23. §. 6. ff. de R. V.* [Tignum alienum ædibus junctum, nec vindicari potest propter legem. 12. Tab. nec eo nomine ad exhibendum agi, nisi adversus eum NB. qui sciens alienum junxit ædibus, sed est actio antiqua de tigno juncto, quæ in duplum ex lege 12. tab. descendit.] ℞. Dari quidem contra talem actionem ad exhibendum, sed non quæ in effectu consequatur destructionem ædificii, sed quæ consequatur æstimationem materiæ; & hanc responsionem subministrat paulò antè adducta lex. 1. *ff. de tigno juncto*, ubi. §. 2. sic habetur. [Sed & ad exhibendum danda est actio, nec enim parci oportet ei, qui sciens alienam rem ædificio inclusit junxitvè, non enim NB. sic eum convenimus, quasi possidentem, sed ità, quasi dolo malo fecerit, quo minùs possideat.] Sensus est, quòd, cùm ædificia non sint diruenda, talis malæ fidei possessor perinde in effectu sit, acsi non possideret, quia non possidet tali modo, quo ipsi fas sit restituere: & ideo habet se sicut qui dolo desijt possidere: contra talem autem datur non solùm actio ad exhibendum, sed etiam Rei vindicatio, ut dictum est tract. 2. de Rei Vind. & tendit hæc actio ad rei æstimationem: quam tamen non posset læsus instituere, si jam per actionem *de tigno juncto* duplum esset consecutus, quia idem bis peti non potest.

122. Datur autem actio de tigno juncto ex lege XII. Tab. ad tigni æstimationem in eum, qui convictus est junxisse, ut constat ex relato textu. Verùm

123. Controversia satis intricata est, utrum actio de tigno juncto non solùm detur contra malæ, sed etiam contra bonæ fidei ædificatorem in duplum.

Prima sententia negat. Ità Mynsinger & VVesenbecius. Communior tamen affirmat. Et quidem inspectis juris apicibus affirmativa satis est fundata.

Probatur imprimis ex §. citato. ubi sicut tam de bonæ quàm de malæ fidei possessore dicitur, quòd tignum vindicare stante ædificio non possit, ità statim eâdem generalitate per particulam adversativam *Sed*, subjungitur, posse actione in duplum agi adversus ædificantem. Idem indicant verba ultima ejusdem §. dum dicitur, dominum materiæ, diruto ædificio posse materiam, seu tignum suum vindicare: *si duplum nondum fuerit consecutus.* atqui hæc conditionalis non procedit de malæ fidei possessore: ergo de bonæ fidei possessore intelligenda est: ergo & bonæ fidei possessor supponitur in duplum conveniri posse. Minor probatur. Nam à malæ fidei possessore potest dominus tignum vindicare etiamsi duplum consecutus fuerit, quia tignum malâ fide junctum est in jure *furtivum. l. 1. citatâ ff. de tigno juncto.* & dicetur postea, solvendo objectiones.

124. Probatur 2. Ex lege 23. §. 6. *ff. de R. V.* cujus verba paulò superiùs dedi, in quibus clarè dicitur, actionem de tigno juncto in duplum etiam adversus eum dari, contra quem non datur Rei vindicatio, nec actio ad exhibendum, hanc autem dari solùm adversus malæ fidei possessorem, & idem habetur *in L. 6. ff ad exhibendum.* ubi satis apertè dicitur actionem de tigno

juncto

juncto dari in locum actionis ad exhibendum, quæ competeret etiam adversus bonæ fidei possessorem, nisi lex 12. tabularum in favorem ædificiorum obstaret. [Gemma inclusa auro alieno, vel sigillum candelabro vindicari non potest, sed ut excludatur, ad exhibendum agi potest. Aliter atque in tigno juncto ædibus, de quo nec ad exhibendum agi potest, quia lex duodecim tabularum solvi vetaret: sed actione de tigno juncto ex eadem lege in duplum agitur.]

125. Et hæc sunt fundamenta sententiæ affirmativæ; ad quæ tamen fortassis responderi posset, ea procedere ex præsumptione malæ fidei, vel certæ alicujus negligentiæ & culpæ civilis in investigando Domino materiæ: quæ præsumptio si purgaretur, crederem profectò, locum habituram sententiam negativam, & solùm dandam esse actionem *in factum* Domino materiæ ad consequendum simplum. Sed videamus hujus negativæ sententiæ fundamenta, & apparebit ea favere responsioni à me datæ, & auctores in hoc puncto conciliari posse.

126. Objici ergo solet 1. Lex 63. *ff. de donat. inter virum & uxor.* ibi. [Sed in hoc solùm agi potest, ut sola vindicatio, solutâ re, competat mulieri, non in duplum ex lege duodecim tabularum: neque enim furtivum est, quòd sciente Domino inclusũ est.] Ex quibus verbis colligi videtur, quòd non detur actio in duplum, quando materia non est furtiva: atqui quando possessor est bonæ fidei, nunquam materia est furtiva, ergo. Respondent communiter, hunc textum loqui non de quocunque bonæ fidei possessore, sed de eo, qui sciente Domino tignum junxit. Verùm licèt res ità se habeat, reverâ tamen hoc textu satis innuitur, quòd si constaret aliunde, quòd tignum furtivum non esset, quàm ex consensu vel scientia Domini, etiam tunc non daretur actio in duplum, & ideo ex hac lege confirmari videtur id quod ego paulò antea dixi, nempe universim cessante præsumptione doli, non esse dandam actionem in duplum.

127. Objicitur 2. Lex 1. *ff. de tigno juncto*, ubi Lex 12. explicatur, quasi loquatur solùm de tigno furtivo. sic ait Vlpianus: *Lex duodecim Tab. neque solvere permittit tignum furtivum ædibus, vel vineis junctum, neque vindicare.* Ergo nec actionem in duplum videtur ultra tignum furtivum extendere. Responderi ad hoc solet, argumentum esse à sensu contrario, quod licèt in jure fortissimum sit, tunc tamen non procedit, quando sunt textus clari in contrarium. Cæterùm, quia textus in contrarium non videntur mihi plus probare, quàm pro casu quo locum habet præsumptio doli, aut negligentiæ, ut dictum est, ideo ex hoc etiam textu videtur posse confirmari, actionem in duplum tunc solùm locum habere, quando est præsumptio, vel doli, vel negligentiæ.

128. Objicitur 3. Bonæ fidei possessor caret omni culpâ. Ergo non est puniendus. Atqui puniretur, si condemnaretur in duplum: ergo non potest contra eum agi in duplum. Ad hoc responderi solet 1. Ædificatorem bonæ fidei in hoc casu non puniri, imò mitiùs cum illo agi, quàm summo Iure agi posset: etenim Iure posset condemnari ad restituendum tignum, quâ condemnatione factâ, rescindendum esset totum ædificium cum graviore utique damno. Quando igitur duplum solvendo illud damnum evitat, non modò non mulctatur, sed beneficio etiam summo afficitur.

Hæc tamen responsio non enervat penitus argumentum. Nec enim universim verum est, quòd totum ædificium esset destruendum. Deinde si ædificator paratus esset similem prorsus materiam aliunde comparare & restituere, & actor nollet esse contentus, posset utique doli exceptione repelli. Denique responsio non procedit in casu quo, vel tota materia, vel major ejus pars esset aliena, quo casu faciliùs totum ædificium cederet, quàm duplum solveret.

129. Responderi solet. 2. Bonæ fidei ædificatorem esse quidem doli expertem, non tamen carere culpâ, cùm debuisset diligenter inquirere, suane an aliena esset materia. Ità Hunnius & Harpprecht. Hæc responsio iterum confirmat meam sententiam, quòd nempe eatenus contra bonæ fidei possessorem detur actio in duplum, quatenus vel dolus, vel negligentia & culpabilis aliqua ignorantia intervenit, quæ tamen non sufficiat ut instar furis conveniri possit in duplum, quod totum sit pœna, ut paulò pòst magis explicabitur.

130. Objicitur 4. Bonæ fidei ædificator debet aliquantò melioris conditionis esse, quàm malæ fidei: ergo iniquum videtur ut pariter in duplum conveniantur. Respondetur, malæ fidei possessorem adhuc esse pejoris conditionis, quia non solùm in duplum convenitur, sed insuper actione ad exhibendum, quâ ultra duplum (quod totum est pœna furti) compellitur solvere pretium & simplum, adeo, ut etiam postquam Dominus duplum consecutus est actione de tigno juncto, adhuc actione ad exhibendum, quâ agitur ad æstimationem (ut suprà declaratum est) conveniri possit. At verò bonæ fidei possessor sollummodo in duplum conveniri potest, ut patet ex textu §. citati.

131. Ex his omnibus, meo judicio, non malè concludi potest, & DD. inter se conciliari videntur, dicendo, quòd qui est notoriè malæ fidei possessor, adeoque furti reus, conveniri possit modo paulò antè dicto. Qui non est convictus de dolo, sed neque etiam potest purgare præsumptionẽ doli, aut negligentię commisse, possit conveniri solâ actione de tigno juncto in duplum: qui denique se probaret vacare omni culpâ, & bonæ fidei possessorem fuisse, solâ

solâ actione in factum, ad consequendum pretium, aut, si ædificium dirutum esset, rei vindicatione conveniri posset.

132. Vlterior quæstio est, an si ædificator malit tignum eximere & restituere, quàm duplum præstare, id ei liceat. Negant Gilkenius & Hunnius: sed meo judicio rectiùs affirmatur, quia nullo jure prohibetur: leges enim allatæ prohibent quidem actorem ne ad hoc faciendum inducat necessitatem, sed non prohibent, ne ædificator sponte id faciat. Quod autem adversarii putant, id prohiberi in favorem ædificiorum, ne deformentur, non est universale, sæpiùs enim eximi potest & aliud substitui absque deformatione, ut benè notavit Harpprecht. Neque etiam benè probatur ex eo, quòd non liceat legare aliquam partem ædificii, quam hæres si deberet præstare legatario, destruendum esset ædificium. *L.* 41. §. 1. *ff. de Legatis*. 1. Nam in hoc casu imponeretur hæredi necessitas destruendi ædificium, quod sanè durum est, & meritò non permittendum.

133. Sequitur nunc alter §. qui est trigesimus Inst. h. tit. ubi resolvitur quæstio priori opposita, nempe si ex *propria materia in alieno solo* ædificetur. [Ex diverso (*inquit textus*) si quis in alieno solo ex sua materia domum ædificaverit, illius fit domus, cujus & solum est. Sed hoc casu materiæ Dominus proprietatem ejus amittit, quia voluntate ejus intelligitur alienata, utique si non ignorabat, se in alieno solo ædificare; & ideo licèt diruta sit Domus, materiam tamen vindicare non potest. Certè illud constat, si in possessione constituto ædificatore soli Dominus petat domum suam esse, nec solvat pretium materiæ & mercedes fabrorum, posse eum per exceptionem doli mali repelli, utique si bonæ fidei possessor fuerit qui ædificavit. Nam scienti alienum solum esse, potest objici culpa, quòd ædificaverit temerè in eo solo, quod intelligebat alienum esse.] Hactenus textus. circa quem tamen accuratiore quæstionum distinctione procedendum est, &

134. DICENDUM 1. Qui sciens ex sua materia in alieno ædificat suo nomine, attento Iuris antiqui rigore (secùs, attento Iure Codicis) non solùm Dominus soli fit Dominus ædificii, sed etiam lucratur materiam, & ædificator perdit dominium illius. Ità habetur in textu. §. & *L.* 7. §. 12. *ff. de acquir. rer. dom.* [Ex diverso si quis in alieno solo suâ materiâ ædificaverit, illius fit ædificium, cujus solum est, & si scit alienum solum esse, suâ voluntate amisisse proprietatem materiæ intelligitur: itaque neque diruto quidem ædificio vindicatio ejus materiæ competit.] Ratio est, quia præsumitur animus donandi in ædificatore malæ fidei, quatenus scit, aut scire debet, ædificia solo cedere, & solum esse alienum. Nam quod nullo Iure cogente in alium transfertur, donatio est. *L.* 82. *ff. de R. J.*

135. Hinc autem consequens est, quòd si ex aliena materia, v. g. Petri, esset ab alio ædificatum in fundo Pauli, Petrus non amitteret dominium materiæ, sed posset eam, diruto ædificio, vindicare, nisi priùs pretium illius sive à malæ fidei ædificatore, sive à Domino soli consecutus esset. quia in hoc casu nulla esset donatio facta à Domino materiæ, cùm ille non ædificaverit, nec ab ædificatore, cùm nemo possit donare rem alienam.

136. Contra conclusionem objicitur lex 2. C. de Rei vindic. ubi etiam malæ fidei ædificatori conceditur materiæ recuperatio diruto ædificio. ibi. *Si verò fuerit dissolutum, ejus materia ad pristinum Dominum redit, sive bonâ fide, sive malâ ædificium exstructum sit: si non donandi animo ædificia alieno solo imposita sint.* In concilianda hac lege cum legis 7. §. 12. paulò antè pro conclusione relato, mira est DD. varietas, & (si licet dicere) divinandi diversitas. Prima conciliatio est Accursii in gl. quem innumeri secuti sunt, inter quos & Harpprecht. Hi igitur volunt, quòd in hac lege Codicis sermo sit de casu, quo quis non ex sua, sed ex aliena materia, v. g. Petri ædificavit in solo Pauli. Hanc interpretationem vult Harpprecht extorquere ex illis verbis: *si non donandi animo, &c.* quæ conditio (ait) non nisi illi malæ fidei possessori convenire potest, qui ex aliena materia ædificavit, quia non poterat donare alienum. Hæc tamen interpretatio nullo modo placet. nam illa verba conditionalia potiùs oppositum evincunt, nempe indicant esse sermonem de tali ædificatione, in qua posset intervenire animus donandi: si enim esset sermo de casu quo non potest intervenire animus donandi, non debuisset Imperator Antoninus dicere: *si non animo*, sed: *quia non animo.* sicut ineptè quis diceret: *Bruta animalia non peccant, si non habent usum rationis*: sed dicendum est: *quia non habent usum rationis.*

Secunda interpretatio legis 2. est Eguinarii Baronis, hanc legem intelligendam esse, quòd tunc possit malæ fidei ædificator materiam vindicare, si probare possit, se non habuisse animum donandi. Sed nec hæc interpretatio difficultate caret. Quia, si textus attentè consideretur, non erat Imperatoris mens præcisè hanc conditionalem ponere: *Tunc materia ad pristinum Dominum redit, si non adfuit animus donandi, & hoc probatur.* Sed Imperator statuit regulam generalem, quòd materia redeat ad pristinum Dominum, & ab hac regula ponit exceptionem: nisi adfuisset animus donandi. Regula ergo supponit potiùs, quòd communiter non adsit animus donandi. Econtra lex Digestorum citata supponit pro regula generali, quòd in malæ fidei possessore adsit animus donandi, ut ostensum est superiùs: ergo hoc modo hæ leges non conciliantur, nisi assignetur alius casus, in quo generaliter præsumatur non adesse animus donandi: unde tacitè onus pro-

probandi animum donandi rejicitur in Dominum soli, si velit materiam ut suam retinere, & tueri.

137. Tertia interpretatio est Mynsingeri, qui vult, legem 2. Codicis accipiendam esse de ædificio exstructo à colono, vel inquilino, vel emphyteuta, & similibus, & hos posse materiam diruto ædificio vindicare, quia videntur habuisse Ius ædificandi.

Sed hæc interpretatio non solùm est divinatoria, (cùm nullo verbulo restringatur regula ad tales personas) sed etiam est contra textum ipsum, qui materiæ recuperationem non tantùm bonæ, sed etiam malæ fidei ædificatori concedit.

138. Quarta interpretatio est Julii Capra, tunc materiam ad pristinum Dominum redire (secundùm legem 2. Codicis) quando idem ille, qui ædificium construxit, illud dissolvit, nempe quia ijsdem modis quibus dominium amittimus, ijsdem dominium dissolvitur. Verùm hæc interpretatio non solùm est divinatoria, nullo verbulo textûs insinuata, verùm etiam est contra rationem & sensum legis 7. Digestorum. Si enim materiam ædificando verè alienavit, & donavit, quo quæso Iure dici potest, destructione iterum acquiri? præsertim cùm Iura negent tali ædificatori potestatem agendi ad ædificii destructionem, ut suprà vidimus, & destruendo potiùs pœnam mereretur, quàm præmium recuperatæ materiæ.

139. Quinta interpretatio paulò melior præcedentibus, est Andreæ Fachinei *L.* 1. *Contr.* 55. nempe legem 2. Codicis loqui de casu, quo aliquis in alieno solo ædificat sciente & patiente Domino; talis enim scientia & patientia hoc operatur, ut materia vindicari possit, argumento *L. Puræ §. si donavi. ff. de doli mali except.* ibi. *Dolo enim feci, quia passus sum eum ædificare, & non reddo impensas.* Quòd autem lex 2. loquatur in hoc casu, colligi videtur ex verbis initialibus illius legis. *Si inferiorem partem ædificii quæ solum contingit* (id est, fundamentum interpretatur glossa) *ad te pertinere probare potes, eam quam vicinus tuus imposuit, accessisse dominio tuo non ambigitur.* Verùm & hîc divinatur, quòd ex parte Domini soli dolus intervenerit, de quo nec verbulum est in textu, & non debuisset dissimulari, si in pœnam hujus doli daretur repetitio materiæ, sicut non dissimulatur mala fides in ædificante.

Sexta tandem interpretatio est Nicolai de Passeribus, qui cum aliis dicit, inspecto Iuris rigore (in quo loquitur legis 7. §. 12.) non redire materiam ad ædificatorem, ex æquitate autem redire, & sic intelligendam esse legem. 2. Cod. Eandem sententiam tenuit priùs Cuiacius, & Hermannus Vulteius apud Nicolaum. Rationem dant, quia non debet quis ex aliena jactura lucrum facere, ut Paulus J. C. loquitur de eo, in cujus fundum quis sciens & malâ fide quid impendit. *L. Planè* 38. *ff. de petit. hæredit.* [Planè in cæteris necessariis & utilibus impensis posse separari, ut bonæ fidei quidem possessores has quoque imputent, prædo autem de se queri debeat, qui sciens in rem alienam impendit. Sed NB. benigniùs est, in hujus quoque persona haberi rationem impensarum; non enim debet petitor ex aliena jactura lucrum facere, & id ipsum officio Iudicis continebitur: nam nec exceptio doli mali desideratur, &c.]

140. Hæc interpretatio non tam est legum Conciliatio, quàm assertio correctionis. Si enim Imperator per legem 2. statuit hanc æquitatem esse servandam in recuperatione materiæ, contra rigorem legis 7. §. 12. quid hoc aliud est, quàm hanc legem per illam esse emendatam?

141. Quapropter, ut dicam quod sentio, omnino censeo legem Digestorum, & §. Institut. quoad hoc esse correctas per legem 2. sed non ex æquitate debita malæ fidei ædificatori (ut putat sexta interpretatio) cujus utique mentio facta esset, sicut facta est in *L. Planè.* paulò antè adductâ, sed potiùs quoad præsumptionem donationis factæ à malæ fidei possessore. Præsumunt enim illa antiquiora jura, generaliter, malæ fidei ædificatorem habere animum donandi: hæc præsumptio mihi semper falsa visa est, quoties illos textus legi, & mihi persuadeo, quòd idem mecum alii in animo sentiant, quidquid oretenus dixerint. Cur enim, quæso, qui malâ fide in alieno ædificat, habeat animum donandi occultum, non potiùs eum manifestet alteri, nempe Domino fundi? nunquid si Dominus soli taceret, & permitteret ædificatorem possidere ædicium, possessor proderet suam intentionem donandi? scilicet. Itaque falsò præsumitur in tali animus donandi, imò oppositum meritò præsumitur, ut consideranti patet. Hanc ergo præsumptionem Imperator agnovit in l. 2. & ideo addidit: *Si non animo donandi, &c.* qui animus non præsumitur, sed probandus est Domino soli, ut bene notavit Gothofredus in eandem legem. Et sic probatum est secundum membrum Conclusionis. Quousque autem bonæ vel malæ fidei possessor possit impensas deducere, disputatum est Tract. 3. ubi actum est de Possessione.

142. DICENDUM 2. Qui in alieno solo suo nomine ædificavit, seu bonâ seu malâ fide, si ipse ædificium non possidet, tunc strictò Iure ipsi nullâ actione succurritur, quâ possit suũ repetere. Ità habetur *L.* 33. *ff. de condict. indebiti.* [Si in area tua ædificâssem, & tu ædes possideres, condictio locum non habebit, quia nullum negotium inter nos contraheretur: nam is qui non debitam pecuniam solverit, hoc ipso aliquid negotii gerit: cùm autem ædificium in area sua ab alio positum Dominus occupat, nullum negotium contrahit.] Clariùs in lege seq. citanda.

DICENDUM 3. Ex æquitate tamen etiam talis ædificator potest possessionem repete-

re

re condictione incerti in ordine ad hunc effectum, ut sumptus & impensas deducere possit, quibus res melior est facta. Ità habetur *L. 38. ff. de petit. Hæredit.* [Planè in cæteris necessariis & utilibus impensis posse separari: ut bonæ fidei quidem possessores has quoque imputent, prædo autem de se queri debeat, qui sciens in rem alienam impendit. Sed benignius est, NB. in hujus quoque persona haberi rationem impensarum, non enim debet petitor ex aliena jactura lucrum facere, & idipsum officio Iudicis continebitur, nam nec exceptio doli mali desideratur.]

143. Decimus tertius acquirendi Iure gentium modus est, *Plantatio.* §. 31. *Instit. de R. D.* [Si Titius alienam plantam in solo suo posuerit, ipsius erit. Et ex diverso si Titius suam plantam in Mævii solo posuerit, Mævii planta erit: si modò utroque casu radices egerit. Antè enim quàm radices egerit, ejus permanet, cujus fuerat. Adeo autem ex eo tempore quo radices egerit planta, proprietas ejus commutatur, ut si vicini arbor in terram Titii presserit, ut in ejus fundum radices egerit, Titii effici arborem dicamus. Ratio enim non permittit, ut alterius arbor esse intelligatur, quàm cujus in fundum radices egerit. Et ideo prope confinium arbor posita, si etiam in vicini fundum radices egerit, communis fit.] Ità textus.

Ne sensus hujus. §. perperam intelligatur, quasi sufficiat quomodocunque radices egisse in fundum vicini, ut communis fiat, vel penitus ad vicinum pertineat, præ oculis habendæ sunt aliæ leges, quibus habetur, & arborem & radices ejus esse, in cujus fundo origo nata est, & non ejus in cujus fundum sunt propagatæ, adeoque ad Ius dominii definiendum non præcisè radices spectandas esse, sed & ipsum arboris corpus, sive truncum cum ramis, adeo ut in cujus fundo est ipsum corpus arboris, penes illum sit dominium, etiamsi radices aliquot vel etiam ramos aliquot in fundum vicini porrexerit: quodsi inde nocumentum aliquod illi timendum est, varias actiones habet. Ità habetur imprimis l. 6. §. 2. *Si arbor in vicini fundum radices porrexerit, cedere eas vicino non licebit, agere autem licebit, non esse ei Jus, sicut tignum aut protectum immissum habere.* Est ergo hæc actio Negatoria, qualis explicata est in tr. de Servitutibus. Deinde §. 3. dicitur. *Si radicibus vicini arbor aletur, tamen ejus est, in cujus fundo origo ejus est.* Addunt tamen aliqui, inter quos Schneidewein, si denuntiaverit is, in cujus fundum radices porrectæ & productæ, illi cujus arbor propria est, ut radices tollat, aut ramos, & hic id facere neglexerit, quòd tunc propriâ auctoritate non tantùm ramos & radices, sed etiam totam arborem succidere, & ligna succisa tollere impunè quis possit, per *L. 1. & 2. ff. de arborib. cedend.*

144. Decimus quartus, nec à priori absimilis est *Satio.* §. 32. [Quâ ratione enim plantæ quæ terræ coalescunt, solo cedunt, eâdem ratione frumenta quoque quæ sata sunt, solo cedere intelliguntur. Cæterùm sicut is qui in alieno solo ædificavit, sed ab eo (si possideat) Dominus petat ædificium, defendi potest per exceptionem doli mali (si Dominus expensas restituere recusaret) secundùm ea quæ diximus, ità ejusdem exceptionis auxilio tutus potest esse is, qui alienum fundum suâ impensâ bonâ fide consevit.] Ita textus.

145. Quod autem hîc in fine dicitur, & restringitur ad bonæ fidei possessorem, est intelligendum eo modo, quo suprà de ædificatore in alieno solo dictum est, ubi vidimus, quo fundamento possit Iure Codicis etiam ad malæ fidei possessorem extendi. Cæterùm in confesso apud omnes esse debet, quòd malæ fidei seminatori & possessori fructus auferre sibi liceat, nisi Dominus agri sumptus refundat. L. 37. & seq. ff. de R. V. ibi. *Constituimus verò, ut si paratus est Dominus tantum dare, quantum habiturus est possessor his rebus ablatis, fiat ei potestas.*

146. Decimus quintus modus est *Scriptura.* Quò reducimus etiam Picturam. §. 33. [Litteræ namque, licèt aureæ sint, perinde chartis membranisque cedunt, ac solo cedere solent ea, quæ inædificantur, aut inseruntur. Ideoque si in chartis membranisve tuis carmen vel historiam, vel orationem Titius scripserit, hujus corporis non Titius, sed tu Dominus esse videris. Sed si à Titio petas tuos libros, nec impensas Scripturæ solvere paratus sis, poterit se Titius defendere per exceptionem doli mali: utique si earum chartarum membranarumve possessionem bonâ fide nactus est.] Hucusque textus.

147. Verùm hodie §. iste non observatur, eò quòd consuetudo habeat, ut charta scripturæ cedat. Vnde qui bonâ fide in charta aliena conscripsit ea, quæ ipsius interest habere notata, satisfaciet Domino chartæ, aliam æquè bonam chartam reddendo, vel pretium illius, & interesse. Si malâ fide fecit, poterit ultra chartæ æstimationem & pretium etiam actione furti in duplum conveniri. Certè plerumque hoc longè gratius erit Domino chartæ, quàm si chartam scriptam recipere deberet, & expensas refundere, cùm plerumque Domino chartæ scriptura, vel etiam typus nihil prosit, & mallet habere chartam mundam. Et quidem valde consentanea sunt hæc ijs, quæ Imperator statim subjungit. §. 34. circa picturam, ubi statuit, tabulam alienam picturæ cedere. *Ridiculum enim est, picturam Apellis, vel Parrhasij in accessionem vilissimæ tabulæ cedere.* Ità est. Sed cur non pariter ridiculum est, aureas litteras, & doctissimam scripturam chartæ vilissimæ cedere?

148. Additur eod. §. [Si à Domino tabulæ imaginem (ab alio pictam) possidente is qui pinxit eam petat, nec solvat pretium tabulæ,

poterit per exceptionem doli mali submoveri. At si is qui pinxit, eam possideat, consequens est, ut utilis actio Domino tabulæ adversus eum detur: quo casu, si non solvat impensam picturæ, poterit per exceptionem doli mali summoveri. Utique si bonæ fidei possessor fuit ille, qui picturam imposuit. Illud enim palàm est, quòd sive is qui pinxit, subripuit tabulas, sive alius, competit Domino tabularum furti actio.] Ità textus. Hæc omnia quomodo intelligenda sint, ex hactenus disputatis liquet.

149. Unde etiam satis apparet, hodie non multùm interesse scire, quomodo conciliandi inter se sint duo textus Digestorum, in speciem valde contrarii, quorum prior est Pauli JC. in l. 23. §. 3. ff. de R. V. [Sed & id, quod in charta mea scribitur, aut in tabula mea pingitur, statim meum fit, licèt de pictura quidam contra senserint, propter pretium picturæ; sed necesse est ei rei cedere id, quod sine illa esse non potest.] Alter textus est Gaij JC. l. 9. ibi. [Litteræ quoque, licèt aureæ sint, &c: sed non ut litteræ chartis membranisve cedunt, ità solent picturæ tabulis cedere, sed ex diverso placuit tabulas picturæ cedere.] Nicolaus de Passeribus rejectis omnibus interpretationibus (unâ exceptâ) tandem de conciliandis illis desperavit, donec incidit in Julium Pacium, qui conatur conciliare, quasi Paulus proposuisset prioribus verbis regulam generalem; deinde retulisset exceptionem picturæ, & hanc exceptionem approbâsset. Verùm quòd exceptionem non approbaverit, nimis clarum est ex verbis ultimis, & nimis violentam manum adhibet Pacius, cujus interpretationem non sine causa ineptitudinis arguit Bacchovius. Sed ut dixi, non est operæ pretium diutius immorari, præsertim cum. §. Inst. satis claré dicat, illos sibi fuisse contrarios, illis verbis. *Quidam putant, tabulam picturæ cedere, alijs videtur, picturam tabulæ cedere.*

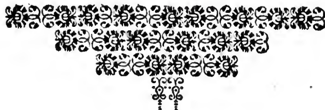
150. Decimus sextus modus est, fructuum perceptio à bonæ fidei possessore. de quo copiosè actum est in tract. 3. cap. 3.

151. Decimus septimus est, *Traditio.* De quo eodem loco actum est, & agetur ampliùs in tract. de Contractibus. Pari modo jam superiùs actum est de Occupatione eorum quæ pro derelictis habentur.

152. Restat unicè. §. 48. Inst. de R. D. circa res quæ in periculo naufragij ejiciuntur. Hæ enim Dominorum manent, quia palàm est, eas non eo animo ejici, quòd quis eas habere nolit, sed quo magìs cum ipsa navi maris periculum effugiat. Qua de causa, si quis eas fluctibus, vel etiam in ipso mari nactus lucrandi animo abstulerit, furtum committit. Nec longè videntur discedere ab his, quæ de rheda currente non intelligentibus Dominis cadunt. Ità textus.

153. Differentia igitur inter harū rerum abjectionem, & Missilium projectionem, fundatur in diversa intentione abjicientium. qui enim Missilia spargit, directè intendit translationem dominii in eum, qui apprehensurus est: qui verò projicit merces ut navis relevetur, hoc non intendit, sed indirectè tantùm ponit in statu & periculo perdendi; si enim in portu naufragii periculum esset, & scaphæ ad manum essent, non in mare, sed in scaphas res deponerentur.

154. Quod dictum est de ijs quæ sponte ejiciuntur in periculo naufragii, etiam procedunt de illis, quæ ex ipso naufragio in mare delabuntur, & in littus ejiciuntur, aut in mari natant, ut apprehendi possint, talia enim non dicuntur esse in derelicto, sed in deperdito. *l.* 21. §. 1. *ff. de acquir. vel amit. Possess. Quod ex naufragio expulsum est, usucapi non potest, quoniam non est in derelicto, sed in deperdito.* Imò qui eas sciens rapuit, aut reposcenti non reddit, quadruplo tenetur. *l.* 44. *ff. de acquir. rer. dom.* in fine. *Idem ait, etsi naufragio quid amissum sit, non statim nostrum esse desinere: denique quadruplo teneri eum qui rapuit.* Denique ex Constit. Friderici Imp. publicatione omnium bonorū mulctatur. *Auth. Navigia. C. de furtis & servo corrupto.* Quæ sic habet. [Navigia quocunque locorum pervenerint, si quo casu contingente rupta fuerint, vel aliàs ad terrā pervenerint, tam ipsa navigia, quàm navigantium bona illis integrè reserventur, ad quos spectabant, antequam navigia hujusmodi periculum incurrissent: sublatâ penitùs omnium locorum consuetudine, quæ huic adversantur sanctioni: nisi talia sint navigia, quæ piraticam exerceant pravitatem, aut sint nobis sive Christiano nomini inimica. Transgressores autem hujus nostræ constitutionis, bonorum suorum publicatione multentur: & si res exegerit, eorum audacia juxta mandatum nostrum modis aliis compescatur.]



CAPUT II.

DE USUCAPIONIBUS ET PRÆSCRIPTIONIBUS.

HIc est modus acquirendi independenter à consensu alterius, Iure Civili introductus, & celeberrimus. Cùm enim solo Iure gentium dominium non amitteretur per quantumvis longam alterius possessionem, ex altera verò parte animadverterent legum conditores, sæpè contingere ut quis longo tempore possidens rem bonâ fide ut suam, postea cum magna Reipublicæ molestia & litium multiplicatione, ac prolongatione, à superveniente Domino dejiceretur, voluerunt ex suprema potestate, & alto in bona subditorum dominio, huic malo remedium adhibere, & partim, ut punirent subditorum socordiam in prosequendis & custodiendis rebus suis, partim ut importunam litium frequentiam, & dominiorum juriúmque incertitudinem præcaverent, introduxerunt modum acquirendi dominii in re aliena etiam inscio priore Domino, vocarúntque Vsucapionem, quæ tamen hodie (præsertim à Canonistis) Præscriptio vocatur. De hoc acquirendi dominii modo nunc diligentiùs, modo Theologorum æquè ac Iuristarum, agendum est.

CONTROVERSIA I.

Quid sit Vsucapio & Præscriptio.

SUMMARIUM.

DIscrimen inter Vsucapionem & Præscriptionem. 155.
Præscriptionis definitio. 157.
Vsucapioni opponitur Vsurpatio. 158.
Vtrum hic modus acquirendi solùm procedat in foro Externo, vel etiam Conscientiæ. 164.
Leges non voluerunt præcisè punire negligentiam. 165.
Vtrum Præscribens consequatur Dominium directum. 168.
Quid Iuris, si qui præscripsit, ex Iuris ignorantia restituat. 175.
Quomodo intelligendum, quòd Iuris Ignorantia nemini prosit. 177.

VSucapere, si vocabulum spectetur, idem est, quod rem aliquam per usum & possessionem acquirere.

155. Existimârunt aliqui Iurisperiti, inter quos Mynsinger & Schneidewein, inter Vsucapionem & Præscriptionem hoc esse discrimen, quòd Vsucapio conveniat solùm rebus mobilibus, Præscriptio verò rebus immobilibus. Hæc tamen opinio communiter improbatur, quandoquidem ex veterùm Iuris consultorum responsis planè liquet, Vsucapionis verbum non solùm ad res mobiles, sed etiam ad immobiles aptari ac referri. habetur imprimis in *l.* 33. §. 2. *ff. h. t.* [Si Dominus fundi homines armatos venire existimaverit, atque ità profugerit, quamvis nemo eorum fundum ingressus fuerit, vi dejectus videtur, sed nihilominus id prædium, etiam antequam in potestatem Domini redeat, à bonæ fidei possessore usucapitur, quia lex Plautia & Julia ea demum vetuit longâ possessione capi, quæ vi possessa fuissent, non etiam ex quibus vi quis dejectus fuisset.] & §. seq. *Si mihi Titius à quo fundum petere volebam, possessione cesserit, Vsucapionis causam justam habebo.* Idem habetur *lege unicâ. C. de Vsucap. transform.*

Strictiùs loquendo ea distinctio est, quòd Vsucapio sit ipsa acquisitio Dominii, Præscriptio autem sit exceptio fundata in Vsucapione, seu acquisitione dominii. Primum habetur in lege. 3. ff. h. t. *Vsucapio est adjectio dominii per continuationem possessionis temporis lege definiti.* Posterius habetur. *l. 9. C. de Præscript. long. tempor. Emptor bonâ fide contra præsentem decennii præscriptione &c. absolvi rectè postulat. & L. fin. eod. ibi. & decennii præscriptione agentem excludi.* Est ergo Præscriptio strictè sumpta, Exceptio temporis, quâ quis Repetitionem à priore Domino, vel quovis alio defacto institutam, arcet, & à limine Judicii repellit. Ità Covar. P. Molina, Lugo, Palao, Arnoldus Rath. th. 3.

156. Nos deinceps more aliorum nullâ distinctione utemur, sed idem nobis erit usucapio, quod Præscriptio, prout etiam sumitur in Iure Canonico, *de Præscript. in 6.* Quamvis alioquin Vsucapio ad res corporales, Præscriptio etiam ad res incorporales pertineat, quæ est quæstio de

modo loquendi, nullam habens in præsenti utilitatem.

157. Præscriptio itaque definitur: Adjectio, seu Acquisitio Dominii per continuationem possessionis, tempore & modo legibus definito. Neque ab hac definitione re ipsâ abludit illa communis Canonistarum, (improbante licèt Covarr.) quòd sit: *Ius quoddam ex tempore congruens, legum auctoritate vim capiens, negligentibus pœnam inferens, & finem litibus imponens.* Brevissimè eam definivit Modestinus JC. in l. 3. ff. h. t. quòd sit; *Adjectio dominii per continuationem possessionis temporis lege definiti.*

158. Vsucapioni opponitur *Vsurpatio*, quæ Juridicè accepta est Actus quo cœptæ Vsucapionis continuatio interpellatur. *l. 2. ff. h. t. Vsurpatio est usucapionis interruptio.* Dividitur in Naturalem & Civilem. Quæ divisio infrà declarabitur.

Ne verò circa definitionem Vsucapionis aliquas Juristarum subtilitates prætermittamus, objectiones aliquæ dissolvendæ sunt.

159. Objicitur ergo. 1. Acquisitio dominii est effectus Vsucapionis. Atqui nulla res rectè definitur per effectum in *recto*, ut patet ex Logica, quia definitio objectiva debet identificari cum definito, nullus autem effectus identificatur cum sua causa, cùm nihil possit causare seipsum. Ob hanc causam rectè Bartolus impugnavit definitionem *Appellationis*, quòd sit prioris sententiæ Rescissio. Quandoquidem Rescissio est effectus Appellationis, nempe quando in secunda instantia pronuntiatur, benè esse appellatum, & malè in prima instantia judicatum.

160. Ad hoc argumentum respondet Covarruvias *in cap. possessor de Reg. Jur. in 6.* tunc solùm definitionem non rectè per effectus concipi, quando effectus sunt remoti, & separabiles à causa seu à re definita, non item *quando* sunt essentialiter connexi, qualis est acquisitio dominii per Usucapionem. Verùm hæc responsio solùm vera est de definitione facta in ordine ad effectum tanquam *connotatum*, non autem quæ fit per effectum in recto, talis enim manifestè vitiosa est.

161. Meliùs ergo respondetur negando, quòd acquisitio dominii seu dominium *in fieri* sit effectus Usucapionis; est quidem effectus præcedentis Possessionis, bonæ fidei, &c. sed non ipsius Usucapionis completè sumptæ, hæc enim est formalissimè acquisitio, seu titulus cui innititur dominium in *facto esse*. Est enim *Modus* acquirendi dominium ut patet. Modus autem acquirendi est formalissimè acquisitio. sicut Modus discurrendi, speculandi, loquendi, cantandi, &c. est ipse discursus, speculatio, locutio, cantus, &c.

162. Objicitur 2. Dominium seu acquisitio dominii non habet plures causas sed unam. atqui Usucapio potest contingere ex pluribus causis: ut pro hærede, pro donato, pro derelicto, pro emptore, &c. ergo Vsucapio non potest esse acquisitio dominii. Ità Accursius glossator. Hoc argumentum valde infirmum est, & imprimis est simile huic. Vniuscujusque rei non est nisi unicus locus. superficies potens hoc corpus ambire, est multiplex: ergo superficies ambiens hoc corpus non est locus. Deinde æquivocat in eo, quòd titulum possidendi confundat cum titulo dominii. Vsucapio per possessionem absoluta est unicus titulus dominii hujus quod per Vsucapionem acquiritur, at verò tituli possidendi possunt esse varii, ut dictum est in tr. de possessione.

163. Objicitur 3. In definitione nulla fit mentio Tituli & Bonæ fidei: sed hæc sunt de essentia Vsucapionis: ergo definitio allata non explicat totam essentiam definiti. Ità Paulus Castrens. Ad hoc argumentum respondet Æmilius Ferretus & Hunnius, negando minorem, & dicunt, bonam Fidem & titulum esse qualitates & accidentia quædam, sine quibus substantia rei intelligi ac percipi possit. Verùm hæc responsio non est sufficiens, quia bona fides, & titulus (saltem in pluribus & ordinariis Vsucapionibus) essentialiter requiruntur, & quidem si logicè rem discutiamus, sunt partes constitutivæ, quatenus omne illud est constitutivum, quo non posito, cæteris omnibus positis, non est positum totum. Respondetur ergo imprimis, hac objectione peti solam definitionem Modestini, non autem illam quam primo & secundo loco posuimus, ubi sufficienter indicantur bona fides & titulus, dum dicitur: *modo legibus definito.* Neque enim ad bonam definitionem requiritur, omnes partes constitutivas diversis & explicitè significantibus vocabulis poni, alioquin nec Matrimonium bene definiretur in *c. 11. de Præsumpt.* quòd sit viri & mulieris maritalis conjunctio, inter legitimas personas individuam consuetudinem retinens. nam per part. *legitimas*: indicatur habilitas corporum, & negatio omnium impedimentorum dirimentium; quæ tamen explicitè non ponuntur. Sed neque definito Modestini magnopere premitur, quia, cùm loquatur ut JConsultus, non quamcunque possessionem (qualem Juristæ asininam vocant) sed legitimam, seu à legibus approbatam, assignavit. Hoc manifestè etiam ex eo colligitur, quòd definitio Modestini convertatur cum definito. Omnis enim Vsucapio est adjectio dominii per continuationem possessionis temporis definiti, & econtra: omnis adjectio dominii per continuationem possessionis temporis definiti est Vsucapio. Stabilità sic definitione

QUÆRITUR 1. Vtrum hic modus acquirendi solùm procedat in foro externo, quo negetur actori repetitio, vel an etiam in foro conscientiæ, ità ut si priori domino constaret, sempro-

Sempronium præscripsisse fundum, etiamsi Sempronius ignoraret, non posset tamen ille à Sempronio bonâ conscientiâ fundum petere, etiamsi posset legitimè demonstrare se priùs fuisse dominum: & per consequens, si Sempronius per errorem & juris ignorantiam tradidisset fundum jam præscriptum, teneretur alter fundum reddere, & Sempronius posset illum bonâ conscientiâ repetere & vindicare, vel tanquam indebitum condicere. Negant in foro conscientiæ procedere Adrianus & Medina apud Dicastillo; Rosella, Hugo apud Molin. Alii limitant, procedere, si possessor præscribens habuit rem titulo oneroso. Alii requirunt ad valorem præscriptionis negligentiam domini in repetenda sua à bonæ fidei possessore. Ità plures apud Mol. Contra quos

164. DICENDUM est, procedere etiam in foro conscientiæ modo explicato. Ità jam omnes Theologi. Probatur. Si supremi legislatores potuerunt positis talibus conditionibus transferre dominium in possidentem absque omni iniquitate, & verba legum significant intentionem transferendi: censendi sunt defacto voluisse transferre: sed verum est antecedens, ergò. Minor probatur. Nam imprimis quòd ex urgente causa possint transferre dominium ab uno in alium, non est dubitandum, nec adversarii negant: quòd autem in casu præsenti subsit hujusmodi causa, jam est suprà indicatum, nempe quia interest quietis Reipublicæ, litium aliquem finem esse, & dominia rerum non esse incerta: quòd denique verba talem intentionem significent, est apertũ, & constabit ex textib⁹ referendis, & ex definitione Vsucapionis, Ergo. &c.

165. Confirmatur. Si leges voluissent præcisè punire negligentiam dominorum, & sic ex talis negligentiæ præsumptione procederent, essent leges perniciosæ potiùs, quàm utiles Reipublicæ; tum quia illaquearent scrupulis conscientias, utrum adversarius reverâ commisserit negligentiam, cùm plerumque nulla negligentia committatur ab hæredibus, contra quos absolvitur usucapio, tum quia præberetur ansa occultis compensationibus innumeris, dum, contra quem præscriptum est, scit se nullam negligentiam commisisse, sed invincibili ignorantiâ laborâsse; & simul etiam scit, se non audiendum à Iudice, si vellet præsumptionem negligentiæ purgare, quandoquidem exceptio Præscriptionis est peremptoria. tum denique hoc ex eo colligitur, quòd quibusdam ex speciali favore detur actio rescissoria, restitutio in integrum, aliis non detur, qui fortassis minùs culpabiles fuerunt: ergo signum est, quòd Legislatores longè alias circumstantias considerent, quàm negligentiam in tuendis juribus suis.

166. Per hæc autem non negamus, quòd ad emendandam segnitiem plurimorum sit etiam introducta Præscriptio, hoc enim sæpius clamant leges, sed negamus hanc esse vel adæquatam vel unicam causam, quia etiam illâ non interveniente potest alia intervenire, nempe dominiorum incertitudo, & litium multiplicatio: adeoque alterutram harum intervenire sufficiet; imò neutram in casu particulari intervenire necesse est, sed satis est, in genere subesse periculum, ne, si Præscriptio non teneret simpliciter, & segnities invalesceret, & lites recrudescerent, ac evictionis periculo pleraque dominia subjacerent.

Objici posset Novella 9. ubi Imperator concedit Ecclesiis privilegium, ut contra eas non currat præscriptio nisi spatio centum annorum, & dat causam: *ne iniquis hominibus impium remaneat præsidium, & tutus peccandi locus etiam scientibus relinquatur.* ergo vocat Præscriptionem impium præsidium: ergo non procedit in foro interno. Putant aliqui hanc Constitutioně esse suppositítiam, ut Cujacius, Duarenus, Alciatus, Pinellus. Sed non est huc deveniendum, quia Imperator loquitur de illis temporibus, quibus alioquin currebat præscriptio etiam cum mala fide.

Objicit Bacchovius 2. Absurdum est malam fidem ultimis diebus supervenientem impedire acquisitionem, & non impedire, si statim completo tempore superveniat. ℞. Negando paritatem, quia in secundo casu non potest ampliùs impedire id quod jam factum est. Neque tunc est mala fides, quia non est mala Fides, possidere hodie id quod hodie est meum, & quod heri non fuit quidem meum, sed à me bonâ fide possessum est, sicut heri fuisset mala fides, si sciens tunc esse rem alienam, adhuc possedissem.

167. QUÆRITUR 2. Vtrum præscribens non solùm consequatur utile dominium, sed etiam directum. Hieronymus de Cævallos q. 252. refert plures, volentes tantùm acquiri utile dominium; quod aliqui restrinxerunt ad res immobiles.

168. DICENDUM tamen est, acquiri plenissimum dominium, ita ut nullum planè jus remaneat apud priorem dominum. Ità RR. omnes post Covartuviam, qui hunc articulum benè discussit, relatis in utramque partem plurimis Auctoribus.

169. Probatur autem Conclusio, quia Iura nullibi vel uno apice indicant hanc distinctionem, sed perpetuò dicunt, dominium transferri in præscribentem: & ut infinita prætercam, *l. 4. in fine C. de Præscript. 30. vel 40. annor.* traditur, ei qui legitimè præscripsit, plenissimam securitatem super dominio præstari. ibi. *sit liber, & præsentis saluberrimæ legis plenissimâ munitione securus.* atqui non esset plenissimè securus, si alter retineret directum dominium: deberet enim posse casus occurrere, quo dominium utile iterum directo consolidaretur, vel alia præjudicia

 incur-

incurri à præscribente, si vera esset sententia contraria.

170. Probatur 2. Quia hac ratione finis intentus non obtineretur, quia lites non ità essent sopitæ, ut non facilè resuscitari possent.

171. Cardinalis de Lugo conatur probare à priori Conclusionem n. 11. In veteri Domino, inquit, non potest remanere aliquid dominii, nisi remaneat aliquid Iuris & potestatis in rem illam pro aliquo casu possibili; ideo enim Dominus feudi dicitur habere dominiũ directum, quia habet Ius, ut possit dominiũ utile ad ipsum redire, vel deficiente lineâ, vel in aliis casibus in feudo expressis, atque etiam defacto habet Ius ad aliquid à feudatario persolvendum: quod idem invenitur in Domino directo boni Emphyteutici. Ille verò qui antè erat Dominus fundi, quem tu legitimâ præscriptione acquisivisti, nullum prorsus Ius retinet in fundum, ut de eo possit disponere, vel aliquam utilitatem ex eo percipere pro ullo tempore futuro aut jam possibili: in quo ergo consistit illud dominium directum, quod tibi dicunt deesse, & apud antiquum Dominum manere? Erit certè dominium de solo titulo, sicut illum qui principatum vel oppidum aliquod alienavit, solemus urbanitatis & honoris gratiâ appellare sicut priùs Principem, vel Dominum talis oppidi, de ea re tamen nihil prorsus dominii retinuit. Hæc Card. de Lugo.

172. Verùm (quod debita cum reverentia dixerim) res aliter se habet, quod facilè deprehendet, quisquis legerit Covarruviam, qui postquam Conclusionem nostram propugnâsset, in gratiam tamen contrariæ sententiæ tanquam communioris tunc temporis, & gravissimâ authoritate munitæ ostendit. §. *primo toto* quatuordecim utilitates, quas contraria sententia subtiliter invenit in illo directo dominio (quod Lugo putat fore de mero titulo) quod putat manere penes priorem Dominum, unde Covarruvias concludit his verbis. [Hæc sanè tractavimus, ut planè ostenderemus plurimùm referre, quòd præscribens dominium directum an utile Vsucapione acquisierit, si quidem dominium directum manens penes veterem possessorem contra quem præscriptio processit, maximam habet NB. atque affert utilitatem, tametsi, quod ingenuè fateor, veriorem esse censeam opinionem illam, quæ dictat, etiam dominium directum acquiri præscribenti.] Hæc Covarruvias.

173. Videamus breviter unam alteramve utilitatem, quam haberet pristinus Dominus, si vera esset contraria sententia.

I. Qui usu cœpisset rem alterius 30. annis absque titulo, bonâ tamen fide, haberet quidem actionem & rei vindicationem adversus quemcunque aliũ possessorem, qui post præscriptionem rem à se præscriptam possideret, & hoc vigore præscriptionis, ac dominii utilis. *L. si quis emptionis in pr. C. de præscript. 30. vel 40. an.* non tamen haberet, si res illa possideretur ab illo contra quem eam præscripserat: nam ab hoc non posset rem illam vindicare propter dominium illius directum, quod retinebat secundùm adversarios. Pro quo citant legem allegatam. §. 1. ubi secundùm glossam hoc dici videtur: sed reverâ non id dicit, quia loquitur de illo qui malâ fide possedit; prout etiam advertit Covarr. post alios. Verba sic habent. [Sed cum moderata divisione ei præstari censemus, ut si quidem bonâ fide ab initio eam rem tenuerit, simili possit uti præsidio (*id est Rei vindicatione*) sin verò NB. malâ fide eam adeptus est, indignus eo videatur, ità tamen, ut novus possessor, si quidem ipse rei Dominus ab initio fuit, & memoratæ exceptionis (*id est Præscriptionis*) necessitate expulsus est, commodum detentionis sibi acquirat.

II. Vetus dominus ratione dominii directi posset agere contra alium qui non præscripsit, nec habet jus ab eo qui præscripsit, & tamen possidet rem ab alio præscriptam. Verùm hoc nullo jure probant adversarii, & ideo illis negandum est.

III. Putant adversarii, quòd antiquo domino, absque ulla prævia restitutione in integrum (quia hoc beneficio non gaudet) danda illi esset Actio rescissoria. Sed hoc etiam falsum est, quia nullo jure probatur.

IV. Hac ratione defendi potest, quòd non esset inutile legatum, si testator legaret rem illi qui contra legantem eam præscripserat: quia dominium directum vi legati acquireret, quo hæres privaretur.

V. Vi directi dominii posset antiquus dominus impedire, ne ob delictum præscribentis possent res præscriptæ confiscari.

VI. Dominus directus posset rem contra se præscriptam bonâ fide iterum præscribere ex solo titulo *pro suo*, vi directi scilicet dominii. qui proculdubio esset insignis effectus. Vides ergo, quòd tali dominio adhuc convenirent utiles effectus, etiamsi non convenirent illi effectus qui conveniunt domino feudi.

174. Contra Conclusionem objici potest 1. *lex 13. §. 1. ff. de Jurejurando.* ibi. *Julianus ait, eum qui juravit, fundum suum esse post longi temporis præscriptionem etiam utilem actionem habere debere.* atqui cui competit tantùm utilis & non directa actio, non habet dominium directum. ergo præscribens non habet dominium directum. ℞. Ex ipso textu clarè constare, quòd sermo non sit de rei vindicatione, quæ convenit ratione præscriptionis, sed de actione quæ convenit ratione præstiti juramenti, quæ est actio in factum. Præterquam quòd in jure frequens sit, actionem utilem sæpè nominari non prout opponitur directæ, sed prout idem est ac efficax actio; quo modo sumitur *l. 1. §. ult. in fine ff. de*

aqua plu. arc. l. 10. *in pr. ff. si servitus vindicetur*, & aliis jam sup. relatis.

175. Objicitur 2. Ex Præscriptione dicitur oriri Exceptio, imò sumitur pro ipsa Exceptione, ut suprà dictum est. atqui Exceptio est actionis exclusio: ergo antiquus dominus habet rei dominium: alioquin agere non posset. ℞. Antiquum dominum non habere in rei veritate Ius agendi, eò quòd exceptione succumbat, sed si agat, solùm quoad apparentiam videri actionem habere.

Sed quid si ille qui præscripsit, ignarus Iuris acquisiti non utatur exceptione, sed ex imprudentia restituat; poteritne postmodum rei vindicatione rem præscriptam repetere? P. Paulus Layman *l.* 3. *tr.* 1. *c.* 8. *n.* 22. circa finem tribuit negativam Gregorio Tholosano, qui tamen hoc expressè non dicit, sed solùm dicit, quòd reo exceptionem præscriptionis non opponente, non teneatur ex officio Iudex hanc exceptionem supplere: ex hoc autem non potest legitimè inferri, quòd Tholosanus senserit, Iudicem negaturum actionem repetenti. Affirmandum itaque cum DD. est, posse rem ità ex ignorantia Iuris, aut facti traditam vindicare, si post restitutionem constiterit, Præscriptionem fuisse reverâ completam. Ratio est, quia ubi non est animus transferendi dominium, non transfertur voluntate privatâ: sed in proposito casu non est animus transferendi dominium: quia ideo solùm traditur, quia putatur jam esse alterius: quod autem jam alterius est, ampliùs ejus fieri non potest. §. *Sic itaque discretis. Inst. de Action.* Ergo, &c. Quia tamen oppositum speciosâ ratione defendi posset, est illi occurrendum.

176. Objicies ergo. Qui solvit indebitum, putans se debere, transfert dominium: datur enim ità solventi *Condictio indebiti*: ergo translatum fuit rei in solutum datæ dominium, quia nemo condicit rem suam præterquam à fure. §. *eodem.* Atqui restituens rem præscriptam solvit indebitum: ergo transfert dominium. ℞. Negando minorem. Reverâ enim non solvit obligationem aliquam putatitiam, sed solùm quod putat esse alienum restituit, qui autem solvit indebitum, supponit per errorem se debere, v. g. 100. & solvit ex eo quod est suum, adeoque habet animum transferendi dominium. Quamvis fortasse, Theologicè loquendo, nec talis transferat dominium, quia non habet animum absolutum transferendi, sed conditionatum: si debeat: unde si constaret de animo conditionato, & conditio non esset purificata, prorsus credo, quòd Rei vindicatione posset solutum repetere, nisi per commixtionem jam esset alio titulo (superiùs præced. cap. explicato) dominium translatum.

177. Dices: Iuris ignorantia nemini prodest, & neminem excusat. ℞. Distinguendo. Juris ignorantia nemini prodest, si agatur de acquirendo, concedo: Si agatur de damno rei jam acquisitæ, nego. *L.* 7. *ff. de Iuris & facti ignorantia. Juris ignorantia non prodest acquirere volentibus, suum verò petentibus non nocet.*

Certè in casu, ubi nulla obligatio (Iuridicè accepta) subest, non admittitur in Iure distinctio inter ignorantiam Iuris & facti, ut manifestè colligitur ex *L.* 4. *C. de Juris & facti ignor.* ubi æquiparantur. [Si post divisionem factam testamenti vitium in lucem emerserit, ex his quæ per ignorantiam confectæ sunt, præjudicium tibi non comparabitur. Ostende igitur, testamentum vel fide veri deficere (*ecce! ignorantiam facti*) vel Iuris ratione stare non posse (*ecce! ignorantiam Iuris*) ut infirmata Scriptura, quæ testamenti vice prolata est, solidam successionem obtineas.]

Quin, quod amplius est, etiam in nostro casu habet locum Condictio indebiti, etiamsi dominium translatum non sit, vocatúrque *Condictio ex æquo & bono.* Ità habet lex 66. *ff. de condict. indeb. Hæc condictio ex æquo & bono introducta, quod alterius apud alterum sine causa deprehenditur, revocare consuevit.* Textus planè apertus, & clarus.

CONTROVERSIA II.

De prima conditione ad præscribendum requisita: qualis bona fides requiratur, & quæ Ignorantia prosit, vel obsit. Item quæ fides Auctoris prosit, vel obsit successori.

SUMMARIUM.

Quomodo inter Conditiones requisitas ad præscribendum dicatur requiri Traditio. 178.
Quatuor conditiones requiruntur. eod.
Quid hoc loco sit Bona fides. 179.
Ad bonam fidem non sufficit invincibilis ignorantia rem esse Petri, si falsò putem esse Pauli. 180.
Non obstat bonæ fidei, mihi constare de uno jure, si alterum ignorem. 181.
Bona fides aliter requiritur Iure Civili, aliter Iure Canonico. 182.
Bona fides qualis sufficiat ad præscriptionem impropriè dictam. 183.
Exempla Præscriptionis impropriæ. 183. 184. 185. 186.
Ignorantia alia Iuris, alia Facti. 187.
In quo rigore abrogatæ sint leges civiles admittentes præscriptionem cum mala fide. 188.
Abrogatæ sunt etiam quoad præscriptionem actionum personalium. 191.
An bona fides proveniens ex Iuris Ignorantia aliquando sufficiat ad præscribendum. 197.
Quando requiritur titulus coloratus, an Ignorantia Iuris obstet. 198.

An

178. Interpretes Iuris antiquiores ad valorem Præscriptionis quinque conditiones requirebant, quas his versiculis indicabant.

Non usucapies, nisi sint tibi talia quinque.
1. *Bona fides.* 2. *Iustus titulus.* 3. *Res non vitiosa.*
4. *Vt res tradatur.* 5. *Tempus quoque continuetur.*

Verùm, quarta conditio non requiritur, nempe *Traditio*, tanquam conditio à cæteris distincta; nam ut egregiè notavit Arnoldus Rath *cap.* 5. *assert.* 1. nullus occurrit casus, quo cæteris requisitis concurrentibus, præcisè ob deficientem traditionem usucapio impediatur: quare non aliter Traditio requiritur, quàm quatenus sine ea vel possessio, vel justus titulus, vel denique bona fides deficeret. quod hac ratione declaratur. Vel enim sermo est de ijs modis sive titulis, quibus dominium sine traditione transit (sicut etiam fundo meo accedit, quod per recessum fluminis latenter adjicitur, aut proprietati accedit ususfructus, quocunque modo in usufructuario extinguatur) & tunc certum est, æquè ad usucapiendi conditionem, quàm ad ipsum dominium acquirendum, solam apprehensionem possessionis saltèm vacantis sufficere, ut evenit non solùm in titulo *Pro suo*, & *Pro derelicto*, verum etiam in titulo *Pro Hærede*, & *Pro Legato*: nempe hæres aditâ hæreditate rerum hæreditariarum, & legatarius ipsius legati dominium, si quidem defunctus Dominus fuit, ipso Iure sine omni traditione, imò & legatarius absque omni possessionis apprehensione consequitur. Quidni similiter in tali casu usucapio à defuncto incepta sine omni traditione, imò & apprehensione in hæredem transeat? quamvis si hæres vel legatarius ex persona propria titulo *Pro Hærede*, vel *Pro Legato* præscriptionem velit inchoare, apprehensio possessionis vacantis idcirco requiratur, quòd nulla præscriptio sine possessione, adeoque sine apprehensione possit inchoari. Vel agitur de titulis inter vivos, v. g. donatione, venditione, & similibus, quibus rerum dominia sine traditione non transferuntur, & tunc ideo requiritur traditio, vel patientia Domini, adeoque tacita voluntas, quâ permittit rem ab alio detineri, quia alioquin possessio & bona fides deficeret. Hac ergo conditione rejectâ, possumus versiculos hos substituere.

Non usucapies: quatuor nisi talia subsint.
1. *Æqua fides.* 2. *Justus titulus.* 3. *Res non vitiosa.*
4. *Tempore præscripto Possessio continuetur.* Incipiendo ergo à bona fide, aliqua præmonenda sunt. Itaque

179. Notandum est 1. Bonam fidem hoc loco aliud non esse, quàm conscientiam bonam circa possessionem rei alienæ ut suæ; quæ proinde supponit ignorantiam alicujus circumstantiæ, aut conditionis, quâ cognitâ sciret, rem talem non ad se, sed ad alium pertinere, proindéque jam peccaret volendo possidere ut suam, & tunc esset malæ fidei possessor. Eodem modo non esset bonæ fidei possessor, qui cum dubio negativo (ut Theologi loquuntur) vellet incipere possessionem: nam ut licitè capiam possessionem rei ut meæ, debeo positivè & probabiliter judicare, rem esse meam. Quando tamen tale dubium postea primùm superveniret, non induceret malam fidem, aut obstaculum præscriptioni: quia licitè continuatur possessio cum tali dubio speculativo, propter regulam generalem, quòd melior sit conditio possidentis.

180. Notandum 2. Ad bonam fidem requisitam ad præscriptioné, non sufficere (prout asseruerunt Ægidius à Bellamera, Imola, & Felinus *in cap. fin. de Præscript.* eámque communem dicit Socinnas, malè eam deducentes ex Bartolo) quòd invincibiliter ignorem rem esse, v. g. Petri, cujus reverâ est, & tamen simul per errorem putem esse Pauli, cujus reverà non est, quasi hæc ignorantia sufficiat, ut possim rem præscribere contra Petrum. Ratio est, quia talis peccat possidendo, & in veritate malam fidem habet, cui jura nullo modo volunt beneficium præscriptionis indulgere.

Neque obstat casus ille, quem objiciunt adversarii, & est iste. Uxor Anna donavit marito Titio catenam auream, quam putabat esse suam, sed erat Sempronii. Mævius emit à Titio catenam, sciens esse illi ab uxore donatam, simúlque sciens, aut scire debens, donationem inter conjuges non valere: ergo respectu Titii est in mala fide, non item respectu Sempronii, & tamen in tali casu Mævius catenam præscribit contra Sempronium. *L.* 5. *ff. pro derelicto.* [Si id, quod pro derelicto habitum possidebas, ego sciens in ea causa esse abs te emerem, me usucapturum constat: nec obstare quòd in bonis tuis non fuerit: nam & si tibi rem ab uxore donatam sciens emero, quia quasi sciente & volente Domino id faceres, idem Iuris est.]

Respon-

Respondetur enim, non esse necessarium, quòd in hoc casu Mævius sit ullo modo in mala fide etiam respectu mariti. primò quia emit sciente ac consentiente putativo Domino, ut habetur in textu. secundò, quia Mævius potest prudenter cogitare, talem donationem non fuisse ex illis, quæ à Iure prohibentur, non enim prohibentur illæ, quibus donans non fit pauperior, qualis poterat esse donatio catenæ aureæ, si v. g. fuit remuneratoria. Sed de hoc plura in Contractu Donationis.

181. Notandum 3. Non obstare bonæ fidei, si contingat, v.g. duos habere diversa numero, vel specie Iura in eadem re, & de uno mihi constet, non item de altero, v. g. scio meum fundum esse hypothecatum Mævio, nescio tamen esse hypothecatum Sempronio, tunc etsi sim in mala fide respectu Mævii, quia tamen sum in bona fide respectu Sempronii, possum, non obstante illâ malâ fide præscribere hypothecam contra Sempronium, & actionem hypothecariam Sempronii per exceptionem longi temporis elidere.

182. Notandum 4. Aliquam bonam fidem tam à Iure Civili quàm à Iure Canonico requiri ad præscriptionem, sed magno cum discrimine. Nam Ius Civile ad usucapionem ordinarii temporis tantùm ab initio requirit, nec vult obstare præscriptioni, si currente illo tempore mala fides superveniat. *L. un. C. de usucap. transform.* ibi. *Hoc tantummodo observando, ut in his omnibus casibus ab initio eam bonâ fide capiat, secundùm quod exigit longi temporis præscriptio.* Ad præscriptionem verò longissimi temporis seu extraordinarii, ne quidem requirit Ius Civile bonam fidem ab initio, ut colligitur ex l. 3. & 7. C. de præscript. 30. annorum, ubi sola continuatio temporis requiritur. Sed in hoc puncto Iuri Civili per Ius Canonicum derogatum est, quo Iure, ne peccata foveantur, bona fides requiritur toto temporis spatio quo possessio requiritur. *cap. fin. de Præscript.* [Quoniam omne quod non est ex fide peccatum est, synodali judicio definimus, ut nulla valeat absque bona fide præscriptio tam Canonica, quàm Civilis. Cùm generaliter sit omni constitutioni atque consuetudini derogandum, quæ absque mortali peccato non potest observari. Vnde oportet, ut qui præscribit, in nulla temporis parte rei habeat conscientiam alienæ.] Inde etiam Regula Iuris de R. J. in 6. à Bonifacio VIII. constituta est. *Possessor malæ fidei ullo tempore non præscribit.* cujus regulæ duplex sensus esse potest, & utérque verus. Primus, quòd si vel ullo possessionis tempore sit malæ fidei possessor, non præscribat. Secundus, quòd si malæ fidei sit ab initio possessionis, nullo unquã quantumvis longo tempore præscribat; & meritò, quandoquidem malæ fidei possessio cùm sit injuria, inducit obligationem refundendi omne damnum subsecutum ex secunda radice Restitutionis, de qua actum est in 2. tract. unde etiamsi postea bona fides adveniret, v.g. per oblivionem, vel alium titulum, cujus tamen aliquo modo causa esset illa prior malæ fidei possessio, semper maneret obligatio restituendi rem possessam.

183. Notandum 5. Bonam fidem, prout eam in Not. 1. exposuimus, & quæ supponit ignorantiam Iuris alieni contra quod præscribitur, tantùm requiri ad præscriptionem strictè ac propriè dictam, hoc est illam, quæ procedit ex animo possidendi rem ut suam, & de hac in præsenti potissimùm agitur. Nam præter hanc datur alia præscriptio minùs propriè dicta, quæ quidem etiam bonam fidem requirit, hoc est, ut nihil fiat contra conscientiam, sed non talem, quæ procedat ex ignorantia Iuris alieni à nobis possessi. Hoc modo præscribitur 1. Actio quæ ex lege pœnali, vel Iudicis præcepto ad pœnam oritur (ex communi DD.) etiamsi quis sciverit, talem pœnam alteri debitam esse, quia delinquens non tenetur pœnam sponte offerre, sed solùm cùm exigitur post latam à Iudice sententiam, cujus executionem subire debet. Quare si intra tempus à lege definitum non exigitur, præscriptio est completa, & Ius exigendi extinguitur. Ità tenet glossa *in Can. Fraternitas. ca. 12. q. 2.* quam Navarrus in Manuali *c. 23. n. 66.* & alii communiter sequuntur.

Secundò præscribuntur hoc modo merces quinquennali præscriptione, quæ ob non solutum vectigal ipso Iure fisco commissæ esse sciuntur. *L. 2. C. de vectigalibus, & commissis.* [Neque commissum, quod ante quinquennium factum dicitur, si lite res anticipata non est, vindicari potest. Neque pro re, quæ in commissi causam cecidit, si ipsa non existat, nec dolo supprimatur, pretium peti potest.] Nam si dolo supprimeretur, jam non adesset bona conscientia.

184. Tertiò præscribitur hoc modo libertas adversus servitutes rusticas: quando scilicet, ille qui est Dominus prædii dominantis, intra certum tempus non utitur servitute, cùm posset uti, etiamsi ex ignorantia non utatur, & Dominus prædii servientis sciat servitutem deberi: talis, inquam, præscribit servitutem, & extinguit jus alterius, quia non tenetur illum de suo jure monere. Colligitur ex l. 13. C. de servitutib. & aquâ. ibi. *ut omnes servitutes non utendo amittantur.* Et tradit P. Lessius *lib. 2. c. 6. d. 6. in fine.* Quod tamen non procedit in servitutibus urbanis, quæ non possunt præscribi nisi interveniente facto aliquo ipsius præscribentis contra jus alterius. Unde jam ad bonam fidem requiritur inculpabilis ignorantia juris alieni, alioquin peccaret & esset malæ fidei possessor. Exemplum est in lege. *6. ff. de servit. prædior. urban.* ubi discrimen inter servitutes rusticas & urbanas pulchrè declaratur. [Hæc autem Iura similiter ut rusticorum quoque prædiorum cer-

to tempore non utendo pereunt, nisi NB. quòd hæc dissimilitudo est; quòd non omnimodo pereunt non utendo, sed ità si vicinus simul libertatem usucapiat: veluti si ædes tuæ ædibus meis serviant ne altiùs tollantur, ne luminibus mearum ædium officiatur: & ego per statutum tempus fenestras meas præfixas habuero, vel obstruxero, ità demùm jus meum amitto, si tu per hoc tempus ædes tuas altiùs sublatas habueris, alioquin si nihil novi feceris, retineo servitutem.] Itaque quando servitus alterius consistit in jure, ut ego aliquid non faciam, non præscribo, nisi bonâ fide contra egero.

185. Quarto præscribitur hoc modo Actio redhibitoria, quâ emptor, qui si scivisset rei venditæ vitium, eam empturus non fuisset, agere potest intra sex menses ad redhibitionem, & venditionem rescindendam. *l. 19. §. 6. ff. de ædilit. Edicto. Tempus autem redhibitionis, sex menses utiles habet, & ex die venditionis currit.* Pari modo præscribitur Actio: *quantò minoris.* competens intra annum illi qui cognito rei vitio empturus quidem fuisset, sed non tanti, ad recuperandum tantum, quanto minoris emisset. *ibid. si quantò minoris agitur, annus utilis est.* Verùm hæc tantùm procedunt in foro contentioso, non item in foro conscientiæ, in quo ad refusionem damni dolo dati utique tenetur venditor. Jure Bavarico quatuordecim diebus hæ duæ actiones concluduntur. *tit. 6. n. 4.*

186. Quintò probabiliter sic præscribitur libertas adversus usumfructum jam constitutum, ut putat Arnoldus Rath. *th. 14. ob legem 13. C. de servit. & aquâ.* de quo tamen ego magnopere dubito, nec satis video, quomodo Proprietarius sciens usumfructum ad alium pertinere, bonâ fide possit fructus colligere & percipere, tam parùm enim id videtur ei licere, quàm cuivis alteri, qui furtum committeret. Faciliùs concederem, si usufructuario negligente fructus nec ille colligeret, nec proprietarius, vel certè proprietarius illos non aliter quàm pro derelicto habitos acciperet, quod bonâ fide facere posset. Et sic intra tempus legitimum posset usumfructum contra Usufructuarium præscribere, & cum proprietate consolidare.

187. Notandum. 6. Ignorantiam, ex qua bona fides & opinio falsa de jure nostro nasci potest, duplicem esse, videlicet Ignorantiam juris, & Ignorantiam facti. Ignorantia Iuris est, quando ignoro quid in Iure scriptum & statutum sit circa contractum, vel actionem quam celebrare volo, v. g. si volens contrahere cum pupillo sciens esse pupillum, ignoro, talem contractum sine auctoritate tutoris non valere, nec sufficere, si ejus auctoritas postea ex intervallo superveniat, prout non valere legibus cautum est. Porrò hæc Iuris Ignorantia iterum duplex est, alia est Ignorantia Iuris indubitati & manifesti, alia Ignorantia Iuris dubii, hoc est, quod diversos habet probabiles intellectus. Ignorantia *facti* est, quando id quod ignoro, in facto consistit; v. g. si ignoro eum cum quo contraho, esse pupillum, aut minorennem, putans esse majorennem: item si puto te emisse fundum quem mihi vendis, cùm tamen eum non emeris, &c. Porrò hæc Ignorantia etiam duplex est, alia probabilis, seu tolerabilis, vel saltèm hîc & nunc invincibilis & inculpabilis: alia supina, crassa, vel affectata & culpabilis, quando nempe hîc & nunc possem scire, & deberem investigare veritatem rei, nolo autem scire, ut non impediar, v. g. à contractu. His prænotatis plures & graves controversiæ restant circa bonam fidem.

188. Primò ergo quæritur, in quo rigore abrogatæ sint leges civiles, admittentes præscriptionem etiam cum mala fide. Prima sententia est, leges civiles & statuta præscriptionem cum mala fide admittentia, etiamnum hodie in Imperio, Canones verò malam fidem excludentes, & supralatos, in partibus Italiæ, sive locis Summo Pontifici quoad sæcularem jurisdictionem subjectis, vim obtinere. Pro hac sententia refert Arnoldus Rath glossam *in cap. fin. de Præscript.* Sed licèt glossa hujusmodi interpretationem referat, eam tamen non approbat, sed in seqq. reprobat, dum dicit. [Vnde potiùs standum est Canoni, quàm Legi in hoc casu, quia præscribens non excusatur à peccato per rationem legis: & ideo canon voluit propter periculum animarum in hoc leges corrigere, licèt non servetur in judicio sæculari, sicut dicitur de legibus permittentibus usuras, quæ hodie non tenent.] Hæc glossa. Pro eadem sent. refertur practicus *Papiniensis in praxi judiciariæ: verbo Præscriptionis.* Quem videre non potui. Fundamentum hujus sententiæ est inepta interpretatio capituli, quasi per Præscriptionem canonicam intelligeret Pontifex Præscriptionem rei spiritualis, & per Civilem, Præscriptionem rei temporalis: quarum neutra valeat in foro Ecclesiastico, sed est inepta interpretatio.

189. Secunda sententia est, leges Civiles in foro civili eatenus servandas, nec Iure Canonico correctas, esse, ut antiquus Dominus contra quem malâ fide præscriptum est, in Iudicio coram sæculari judice non audiatur, sed oppositâ Præscriptionis exceptione repellatur, licèt in conscientia sit obligatio restituendi. Fundamentum est, quia hoc solo constituto jam obtinetur finis à Repub. intentus, nempe litium diminutio, & negligentiæ castigatio. Sicut ex nudo pacto leges negant actionem, & tamen stat obligatio in conscientia *Covarruvias variar. Resol. c. 4.*

190. Tertia sententia est, leges civiles esse quidem correctas per Ius Canonicum quoad Præscriptionem Actionis realis & rei vindicationis,

nis, non tamen quoad Præscriptionem actionum personalium. Fundamentum postea dabimus. Ità Hostiensis, Guido, Papæus, asserens in Concilio Gratianopolitano opinionem hanc prævaluisse, & Ferandus Vasquius, *Contr. lib.* 2. *c.* 76. *n.* 3. ait, multos esse, qui dicant hanc sententiam veram esse sicut Evangelium. Lessius denique, *lib.* 2. *c.* 6. *dub.* 6. *n.* 20. ait, non esse improbabile, cum mala fide posse præscribi contra actionem personalem, ità ut si certo tempore creditor non exigat debitum, postea non possit illud petere in Iudicio, eique denegetur actio. Verùm, Lessius nunquam dixit hanc sententiam esse probabilem in foro conscientiæ, (prout illi non nemo videtur tribuere) nam statim subjungit hæc verba. *Non tamen per hoc liberatur Dominus in conscientia, si malâ fide retinet.*

191. DICENDUM tamen est. Leges Civiles, admittentes Præscriptionem cum mala fide, non solùm pro toto Imperio abrogatæ sunt, sed etiam abrogatæ sunt quoad Præscriptiones actionum personalium. Hæc est jam recepta sententia, nec debet, aut potest aliter probari, quàm ipso textu superiùs jam relato, in quo abrogationis causa posita est universalis. [Quoniam omne quod non est ex fide, peccatum est. Et: cùm generaliter sit omni constitutioni atque consuetudini derogandum, quæ absque peccato mortali non potest observari. Vnde oportet, &c.] Item, dum dicit se definire, *quòd nulla valeat absque bona fide præscriptio.* Vnde rectè argumentatur Arnold. Rath: si enim non valet, ergo in Iudicio opposita non patiet præscribenti exceptionem ad prioris Domini actionem repellendam, juxta illud: *Non præstat impedimentum, quod de jure non sortitur effectum. de R. J. in 6.*

192. Objiciunt 1. Pontifex tam in cap. fin. quàm in Regula Iuris, semper loquitur de Præscriptione rerum quæ possidentur & detinentur: ergo nihil correxit quoad alias Præscriptiones. ℞. Negando consequentiam. Nam ex ratione allata de peccato, & universalitate sermonis, contraria mens constat. Præterquam quòd etiam debita dicantur suo modo possideri, quatenus essent solvenda, & non solvuntur, deberent extingui & non extinguuntur.

193. Objiciunt 2. Quamdiu creditor non exigit debitum, tamdiu debitor non peccat non solvendo: ergo absque peccato poterit tandem præscribere. ℞. Antecedens universaliter esse falsum, & consequentiam nullam. Vel enim debitum est contractum in certum diem, & tunc etiamsi creditor non urgeat solutionem, dies tamen interpellat pro creditore, & debitor est in mora, culpámque committit. Vel debitum est indefinitè contractum, & tunc, vel est ex tacita intentione in illud tempus contractum, quod solet ex consuetudine & usu observari, & subintelligi, & tunc iterum elapsum tempus interpellabit: vel ad minimum subest hæc conditio, *quando creditor exiget*, & tunc nego unquam præscribi, quia semper manet obligatio, quamdiu manet potestas exigendi in creditore, vel hæredibus illius: quibus deficientibus deficiet quidem obligatio, sed non vi præscriptionis ut patet. Accedit quòd in hoc casu ad præscribendum requireretur animus recusandi solutionem, & sic inchoandi possessionem libertatis: qui animus jam esset peccaminosus, adeoque ineptus ad inchoandam præscriptionem.

194. Objiciunt 3. Possunt servitutes rusticæ (ut suprà dictum) præscribi saltèm præscriptione impropriè dictâ, etiam ab eo qui scit se eam debere, si Dominus eâ non utatur: ergo etiam poterit debitum præscribi, si creditor non exigat. ℞. Negando consequentiam & paritatem, quia imprimis in illis servitutibus nulla est obligatio aliquid agendi etiam Domino non urgente, sicut est ferè in omnibus debitis, tum quia in servitutibus leges ità statuerunt, eò quòd Domino non utente, cùm est occasio utendi, videatur habere servitutem pro derelicta. Vnde si circa debita indefinitè contracta exstarent aliquæ leges, quibus ex causis bonum publicum concernentibus talia debita extinguerentur post lapsum certi temporis creditore sciente & non exigente, ex præsumptione, quòd debitum vellet habere pro derelicto, tunc sanè esset omnimoda paritas, & præscriberentur Præscriptione impropriè dictâ, sicut servitutes, sed non cum mala fide, ut suprà declaratum est; & sic objectio saltat extra chorum.

195. QUÆRITUR 2. An bona fides proveniens ex Juris ignorantia, sufficiat ad præscribendum. De ignorantia facti omnes fatentur sufficere, nisi aliquid aliud obstet præscriptioni. De ignorantia Iuris itaque

Prima sententia est, universim loquendo sufficere, saltem pro foro poli seu conscientiæ, esto in foro fori seu externo ob præsumptionem scientiæ, talis exceptio repelleretur. Ità Medina *de Reb. Restit. q.* 17. *§. antepen.* in cujus sententiam propendet Lugo, & Castro Palao, eam ut probabilem defendens. Lessius vocat non improbabilem. Et ob horum auctoritatem qui cum tali ignorantia, bonâ fide, tempus præscriptionis complêsset, posset hanc sententiam ut probabilem sequi, rémque possessam retinere ut suam, saltèm quamdiu non cogeretur judicis auctoritate restituere. Quodsi restituisset, non posset uti occultâ compensatione, quia ut hæc liceat, requiritur jus certum, quale iste non haberet. sed de hoc dictum est in 2. tract.

196. Secunda sententia distinguit inter Præscriptionem longi & longissimi temporis, hoc est ad quam non requiritur titulus. Quoad priorem vult obstare ignorantiam Juris, quoad posteriorem non item, si sit inculpata. Ità Covarru-

varruvias *l. c.* §. 7. *n.* 5. & 11. Paulus Castrensis *in l. Celsus de Vsucap.* & plures alii, quos sequitur *Lessius c. 6. dub.* 5. §. *Hæc ferè.* & Arnoldus Rath.

Tertia sententia est, eam numquam sufficere. Ità P. Molina. *disp.* 64. existimans oppositam omni probabilitate destitutam esse.

197. DICO 1. In certis quibusdam personis sufficit ad præscribendum tempore ordinario bona fides, etiam ex Iuris ignorantia procedens. Ità in terminis Molina Jurisconsultus *lib.* 2. *de primogen. c.* 7. *n.* 69. Probatur. Tunc solùm potest ignorantia Iuris obesse bonæ fidei ad præscribendum requisitæ, quando Ignorantia Iuris non toleratur à Iure: atqui sunt quædam genera personarum, in quibus ignorantia Iuris toleratur à Iure, id est, Iura nolunt talibus personis illam ignorantiam afferre præjudicium, nec à talibus personis exigunt scientiam legum. ergo &c. hujusmodi sunt Milites & Minorennes, quibus ignorantia Iuris non nocet, etiam in acquirendo. *l.* 1. *C. de Juris & facti ignor.* [Quamvis cùm causam tuam ageres, ignorantia juris propter simplicitatem armatæ militiæ allegationes competentes omiseris: tamen si nondum satisfecisti, permitto tibi si cœperis ex sententia conveniri, defensionibus tuis uti. & *lege.* 2. Cùm ignorantia Iuris facilè excusari non possit, si major annis 25. hæreditati matris tuæ renuntiâsti, serâ prece subveniri tibi desideras. & *l.* 11. Quamvis in lucro nec fœminis jus ignorantibus subveniri soleat, tamen contra ætatem adhuc imperfectam locum hoc non habere, retrò principum statuta declarant.] ergo saltèm in his personis bona fides cum ignorantia Iuris sufficiet ad præscribendum etiam tempore ordinario. Leges ergo, quæ universaliter dicunt, juris errorem non prodesse, intelligengæ sunt in terminis habilibus, respectu illarum personarum, in quibus error juris non toleratur. Nisi enim hoc dicamus, non apparet, quid indulgeatur illis personis, in quibus juris error toleratur. quod enim ignorantia Iuris in damnis rei amittendæ non noceat, est generale omnibus, ut in terminis habetur *l. juris ignorantia. & seq. ff. de Juris & facti ignorantia.* Utrum autem his personis accenseri debeant Mulieres & Rustici, respondet Zæsius *in tit. de Jur. & facti ignor.* Mulieribus & Rusticis non passim subveniri, ut patet ex lege *quamvis.* citatâ, sed tantùm in quibusdam casibus, quos refert Antonius Perez. *in hunc tit. C.* sed huc non pertinent.

198. DICO 2. Quando ad præscriptionem non sufficit titulus præsumptus, sed allegari debet titulus coloratus (de quo infrà) tunc probabilius videtur, Ignorantiam Iuris liquidi & indubitati obstare præscriptioni in illis personis in quibus ignorantia juris non toleratur. Ità præter auctores secundæ & tertiæ sententiæ contra primam sent. docent P. Amicus & P. Dicastillo, qui duo nullam mentionem faciunt de præscriptione longi temporis. Probatur Conclusio. Potuerunt leges hoc ità statuere, ut tali cum ignorantia etiam inculpabili præscriptio non teneret, ut fatentur adversarii · & ratio est manifesta, quia cùm Præscriptio non sit Iuris naturæ, sed Legis beneficium, utique leges potuerunt extendere vel restringere prout visum fuerit, sicut etiam quasdam res, v. g. furtivas, exceperunt, quas si non excepissent, utique etiam præscribi possent. Quòd autem de facto ità voluerint, saltèm quando requiritur titulus coloratus, clarè colligitur ex earundem verbis. Nam *l.* 4. *ff. de Jur. & fa. ig.* sic habetur. [Juris ignorantiam in Usucapione negatur prodesse: facti verò ignorantiam prodesse constat. & l. 31. pr. ff. de Uusucap. Nunquam in usucapionibus juris error possessori prodest, & ideo Proculus ait, si per errorem initio venditionis tutor pupillo auctor factus sit, vel post longum tempus venditionis peractum, usucapi non posse, quia juris error est. & l. 2. §. 15. ff. pro emptore. *ibi.* quod si scias pupillum esse, putes tamen pupillis licere res suas sine tutoris auctoritate administrare, non capies usu, quia juris error nulli prodest.] Quòd autem in his casibus sermo sit de ignorantia juris etiam inculpabili, constat ex eo, quòd si sermo esset de ignorantia culpabili, sequeretur, quòd culpabilis ignorantia *facti* prodesset, quia leges dicunt illam prodesse, & ne crassè æquivocent, debent semper loqui de ignorantia eodem modo sumpta, ergo cùm non prosit ignorantia facti, nisi inculpabilis, ignorantia juris etiam inculpabilis dicetur non prodesse.

199. Respondent adversarii, leges illas procedere ex præsumptione malæ fidei, nempe ex præsumptione scientiæ, & quòd legum ignorantia non intervenerit. Sed contra 1. quia leg. 2. §. 15. paulò antè adductus, hanc responsionem non recipit, expressè enim dicit: *si scias pupillum esse, NB. putes autem, &c.* ecce! supponit lex adesse opinionem, quòd liceat pupillo contrahere. quæ opinio est error in Iure.

Contra 2. Si purè procederent hæ leges ex præsumptione malæ fidei, sequeretur quòd si pars adversa seu actor cui objicitur Exceptio præscriptionis, fateretur, extitisse in adversario ignorantiam juris, sequeretur inquam, quòd Iudex in foro externo deberet judicare, fuisse præscriptum, ut fatentur adversarii: nam quando ex confessione adversarii constat de falsitate præsumptionis, etiamsi hæc esset juris & de jure, contra quam nulla admittitur probatio præter confessionem adversarii, tunc judicatur secundùm rei veritatem, & non secundùm præsumptionem: atqui nullum Tribunal (nisi fortè cui præesset Medina) hoc faceret: quod inde colligitur, quia quando reus conventus allegat Ignorantiam Iuris, Iudex non quærit ex actore, an ignorantiam fateatur intervenisse, sed inspecto

solo titulo à Iure reprobato, repellit Iudex Exceptionem præscriptionis: ergo signum est, quòd hæ leges, prout observantur, non purè procedant ex præsumptione.

200. Contra 3. Demus, jura præsumere malam fidem in eo qui prætendit ignorantiam Iuris, inde tamen non sequitur, sed rotundè negandum est, huic præsumptioni voluisse leges allegare præscriptionis invaliditatem. Sicut in simili, licet Iura præsumant fraudem in testamentis debitâ solennitate destitutis, nullitatem tamen testamentorum hujusmodi minùs solennium non alligant huic præsumptioni, ut tradit ipse Lugo. Ratio omnium est, quia Iura sunt vigilantibus scripta, & ideo Iuris ignorantia non toleratur: ut hac de causâ excitentur cives, ad ea quæ sunt liquidi juris cognoscenda, saltèm circa illos actus, quos ipsi volunt celebrare.

201. Objicitur 1. Ius Canonicum solummodo illam malam fidem excludere videtur, quæ peccatum mortale constituit. atqui ignorantia Iuris, si invincibilis sit, nullum inducit peccatum: ergo hanc ignorantiam Ius Canonicum non excludit. ℞. Ius Canonicum improbato admissionem malæ fidei quàm Iura Cæsarea admittebant, & hæc erat illa quæ consistebat in peccato. in cæteris, quæ Ius Cæsareum constituit & requirit ad præscriptionem, Ius Canonicum nihil immutavit, quia non habuit causam immutandi, cùm illis stantibus conscientia non lædatur. Imò admissâ ignorantiâ Iuris potiùs foverentur peccata, ut paulò pòst ostendam: ergo meritò non sunt improbatæ hujusmodi leges. Notissimi quippe Iuris est, ea in quibus Iure Canonico non est aliter dispositum, esse leges Cæsareas observandas, juxta illud vulgatissimum effatum. *Sicut Leges non dedignantur sacros Canones imitari, ità & sacrorum statuta Canonum Principum constitutionibus adjuvantur. c. 1. de nov. op. nunciat.*

202. Objicitur 2. Aliquæ leges dicunt, Ignorantiam Iuris non præsumi: ità habet Lex. *Quemadmodum C. de agricolis censitis, & colonis.* ubi in fine dicitur. *Malæ fidei namque possessorem esse nullus ambigit, qui aliquid contra legum Interdicta mercatur.* Ad hanc tamen legem facilè respondetur, in ea nullum verbulum esse de Præsumptione, sed potiùs de eo qui per fraudem mercatus est contra legem, ut in præcedentibus dictum erat. *Neque verò commento fraudis id usurpet legis illusor.* quæ verba Card. de Lugo non videtur advertisse, & certè modus mercandi ibi descriptus est talis, ex quo manifestè colligitur emptio in fraudem legis facta, ut etiam glossa observavit. Verùm etiamsi præsumptio in hac lege contineretur, sicut continetur in Regula Iuris 82. in 6. *Qui contra Iura mercatur, bonam fidem præsumitur non habere.*

Respondetur leges hoc velle, quòd in tali casu perinde procedendum sit in Iudicio, acsi mala fides Theologicè sumpta intervenisset, &, quod valde miror, non videtur Lugo memor fuisse in sect. 3. conscribenda, quod immediatè priùs dixerat sect. 2. n. 15. in medio, his verbis. [Si autem non solùm esset præsumptio, sed constaret de mala fide possessoris, aut NB. de ignorantia Iuris non dubii, quæ ignorantia etiamsi esset invincibilis, æquivalet malæ fidei in hac materia.] Ratio autem ità statuendi multiplex esse poterat. imprimis ut lites faciliùs terminarentur: deinde ut hujusmodi litium multiplicatio impediretur, quæ utique plures nascerentur, si spes esset in judicio vincendi beneficio ignorantiæ Iuris, quàm si constet hanc non admitti; denique ne fraudibus & peccatis ansa præberetur: quod tamen fieret dupliciter, si ignorantia Iuris non obstaret præscriptioni. primò, quia multi contraherent cùm scientia Iuris, hac spe, quòd deinde possent prætendere ignorantiam Iuris, & eam fortè non difficulter probare. secundò, quia sic in Iudiciis auferrentur multis sua bona, quæ reverà in conscientia præscripsissent, & adjudicarentur illis, qui fortè benè sciunt, alterum ignorantiam invincibilem habuisse, & ideo in conscientia præscripsisse; hìc & nunc autem contra ipsum ex falsa præsumptione sententiam ferri. Satius ergo fuit, ad hujusmodi inconvenientia evitanda, universaliter irritare ordinarias saltèm præscriptiones cùm ignorantia Iuris, quando titulus coloratus est necessarius.

203. DICO 3. Probabilius mihi est, ad præscriptionem longissimi, seu extraordinarii temporis, quando sufficit titulus præsumptus, non obstare præscriptioni ignorantiam juris, adeoque si post illos annos resciretur, præcessisse titulum cum ignorantia juris, nihilominus præscriptio fuisset completa. Ità AA. secundæ sententiæ. Probatur. Vbi titulus non requiritur, sed sufficit præsumptio illius, seu vera, seu falsa, ibi Ignorantia juris non potest obesse Præscriptioni: sed in Præscriptione longissimi temporis titulus non requiritur, sed loco tituli est illius præsumptio, ut suprà probatum est: ergo. Major probatur. Ignorantia Iuris solùm ideo obest, quia fundat titulum, quem Iura improbant: ergo si titulus non requiritur, ignorantia juris non potest obesse.

204. Dices in tantùm præscriptum esse judicatur, in quantùm titulus præsumitur: ergo si deprehenditur falsitas præsumptionis, etiam deprehenditur falsitas præscriptionis. ℞. Distinguendo antecedens: ità ut talis sententia Iudicis unicè nitatur præsumptione tituli, nego. Ità ut nitatur illis juribus, quæ præsumptionem loco tituli habent, concedo antecedens & nego conseq. Itaque sicut titulum coloratum, accedente possessione legitimi temporis, acceptant jura perinde, acsi esset verus, in ordine ad transferendum dominium, ità titulum præsumptum acceptant loco colorati.

205. Obji-

205. Objicit Molina noster capitulum *dudum de decimis.* ubi aliqui Præscriptionem fundabant in donatione facta à Rege Laico, qui non poterat donare rem Ecclesiasticam, contra quos tulit sententiam Innocentius III. his verbis. [Nos igitur, cùm donatores prædicti conferre non potuerint aliis, quæ ipsi de jure non poterant possidere, &c. Sententialiter prohibemus, ne Fratres Hospitalis præsumant ulteriùs impedire, quominus decimas percipias, &c.] R. Hoc capitulum penitus nihil patrocinari adversariis. Fuit enim ibi allegatus titulus in Ignorantia Iuris fundatus, ut patet. Quando autem in Præscriptione etiam longissimi temporis, allegatur titulus reprobatus, tunc non præsumitur intervenisse alius titulus idoneus ad præscribendum, imò præsumitur non intervenisse, ut cum probabili sent. dicemus Contr. seq. Respondetur 2. In illo capitulo non exprimi, fuisse prætensam Præscriptionem longissimi temporis, sed potiùs indicatur contrarium: nam altera pars replicavit contra prætensam Præscriptionem dupliciter. primò, quòd titulus fuerit inidoneus. 2. Quòd tempus requisitum necdum effluxerit.

206. DICO 4. Error juris dubii & controversi non impedit Præscriptionem, ne quidem illam, ad quam titulus requiritur. Ità Theologi & Juristæ communiter omnes, excepto Jo. Harpprecht. n. 87. Ratio est, quia talis error errori, seu Ignorantiæ facti meritò comparatur, & in hoc casu cessant rationes, ob quas Ignorantia Iuris non toleratur, & sic per se corruunt, quæ Harpprecht in contrarium affert.

207. QUÆRITUR 3. Quomodo mala fides auctoris obsit successori, & bona fides prosit. Pro resolutione

Nota 1. Auctorem vocari à Iure illum, qui tanquam rei suæ dominus, dominium in me transferre videtur, & ego dicor illi succedere.

Nota 2. Successorem alium dici à Iure *singularem*, alium *universalem.* Singularis successor est, qui in re aliqua determinata & singulari succedit, ut Emptor, Donatarius, Legatarius. Successor universalis est, qui succedit in universitatem bonorum, seu in universum jus jure hæreditario, sive deinde sit hæres ex asse, sive tantùm in certa parte hæreditatis totius seu assis, v.g. in triente, semisse, &c. nam & hæc successio respicit rem indefinitam, & nullam singularem quà talem. His positis

In præsenti quæstione planè perplexa, nec Theologi nec Iuristæ conveniunt, & suis allegationibus ac rationibus omnia dubia & perplexa relinquunt. dicam quæ mihi verisimiliora videbuntur.

208. DICO 1. Probabilius est (non tamen indubitatum ut nonnulli supponunt) malam fidem theologicam antecessoris, obesse successori saltèm immediato universali, jure communi, adeo ut nec incipiendo à propria possessione possit præscriptionem complere. Dixi *Jure communi.* Nam Iure Bavarico contrarium statutum est, ut scilicet incipiendo computare temp⁹ ab adita hæreditate & propria possessione, possit usucapere tam universalis quàm singularis successor, non obstante malâ fide auctoris. L. R. tit. 9. a. 7. Conclusio est communis, & ideo probabilior. Contrarium tamen habet Corvinus in Iure Rom. Vultei, & insinuat Bredero-dius. Covarruvias verò & Castro Palao de veritate communis sententiæ dubitant. Dixi: *saltèm immediato.* Nam quoad hæredem ulteriorem & mediatum, multi negant, & æquè multi affirmant obesse malam fidem primi defuncti. Negant Ioann. Crotius, Accursius, Covar. *l. c. n. 6.* Fernand. Vasq. *l. 2. Illust. controv. c. 73. n.* 18. Molina, Lessius, Castro Pal. Rationem dant. quia hæres hæredis non est defuncti primi hæres. item quia primus hæres, non realiter, sed tantùm fictione juris habet malam fidem: atqui duplex fictio juris ex eodem capite in jure non admittitur: hîc autem interveniret duplex fictio. Affirmant obesse Georgius Everhardi, Andreas Fachineus, quod etiam tenet Lugo. *f.* 5. *n.* 61.

209. Ego quoad hoc punctum in priorem magìs inclino, quamvis id admodum dubium fatear. Iuristæ probant oppositum, nempe quòd adhuc mala fides auctoris remoti obsit, unicè ex eo, quòd talis possessio malâ fide cœpta sit, hæres autem repræsentet defunctum. Ad hoc tamen fundamentum videtur haberi sufficiens responsio ex fundamentis sententiæ negativæ, jam adductis, ut consideranti liquet.

210. Cardinalis Lugonis fundamentum est hoc. Quia hæres etiam mediatus (si immediatus non satisfecit) tenetur resarcire omnia damna à primo defuncto aliis injustè illata, quia succedit in omnes obligationes. Hæc probatio ex pluribus capitibus non est efficax. Imprimis enim (quod etiam advertit Arnold. Rath. *th.* 51. *in notis.*) non probat, quòd hæres mediatus non præscripserit & dominus factus fuerit, sed solùm probat, quòd teneatur ad tantundem refundendum, vel rem ipsam restituendam si adhuc apud se exstet; non tamen actori competeret Rei Vindicatio, nec contra ipsum hæredem qui præscripsit, nec contra alium ad quem pervenisset. Ratio à priori est. quia benè consistunt simul hæc duo, me fieri dominum rei: & me ex justitia teneri satisfacere pro injuria seu læsione, quâ alter per acquisitionem dominii læditur. v. g. si emo equum, qui mihi traditur, quem scio jam antè alteri obligatum: ità etiam injustus possessor verè possidet, & tamen tenetur satisfacere pro injusta possessione. Deinde ex ratione Lugonis sequeretur, quòd iniqua esset constitutio Iuris Bavarici, quia nullo jure posset tali hæredi præscriptio concedi, si ratio Lugonis bona esset,

nempe

nempe si obligatio restituendi impediret præscriptionem. Denique sequeretur, quòd ne quidem accedente alio titulo posset hæres præscribere rem malâ fide possessam à defuncto: quia semper manet obligatus ad resarcienda damna, quæ defunctus intulit Domino, inter quæ est etiam talis præscriptio, & habetur casus clarus in *L. an vitium*. 5. §. 1. *ff. de diversis temporalib. præscript.* quàm paulò post referam. Manet ergo valde probabilis opinio, negans malam fidem defuncti obesse mediato successori. Sed relicto hoc dubio & redeundo ad Conclusionem,

211. Probatur Conclusio ex lege *cùm hæres* 11. *ff. de diversis temporal. præscript.* [Cùm hæres in Ius omne defuncti succedit, ignoratione suâ defuncti vitia non excludit, veluti cùm sciens alienum illum illo, vel precariò possedit; quàvis enim precarium hæredem ignorantem non teneat, nec interdicto rectè conveniatur, tamen usucapere non poterit, quòd defunctus non potuit. Idem Iuris est, cùm de longa possessione quæritur, neque enim rectè defendetur, cùm exordium ei bonæ fidei ratio non tueatur.]

Probatur item ex lege, Si malâ fide. 5. C. communia de usucap. *Si malâ fide servum tuum sciens Antiochus tenuit, intentionem tuam contra successorem ejus licèt bonâ fide possidet, propter initii vitium Vsucapio non absumpsit.* Itaque cùm hæres repræsentet personam defuncti, habet malam fidem fictam fictione Iuris, hoc est, Jura fingunt, possessionem hæredis initium capere ab illo puncto, & cum illa fide, quâ defunctus cœpit possidere.

212. Respondet Castro Palao, hujusmodi leges solùm velle, malam fidem defuncti nocere hæredi catenus, quatenus intendit nomine defuncti possidere, ejúsque possessione ad præscribendum uti, & ex ejus titulo, non autem quatenus à seipso & ex titulo aditæ hæreditatis vult possessionem inchoare. Sed hæc responsio ex duplici capite non satisfacit. 1. Quia hac ratione leges illæ nihil ordinâssent, quod non antè per se notum fuisset, & indubitabile, nempe, quòd possessio antecessoris cum mala fide conjuncta, non possit conjungi per modum partis cum bona fide successoris ad præscribendum, cùm debeat bonæ fidei principium habuisse. Secundò huic explicationi refragatur *Lex* 11. *C. de acquirenda possess. Vitia possessionum à majoribus contracta perdurant, & successorem auctoris sui culpa comitatur.* Ecce! vitium antecessoris transfunditur in possessionem successoris, eatenus, quatenus fingitur ipse malâ fide inchoâsse, adeoque tam parùm sufficit, ipsum in se habere bonam fidem, quàm parùm sufficeret, si ipsi antecessori post malam fidem ex oblivione supervenisset bona fides, ut suprà diximus.

Objicies. Ex nostra conclusione sequi videtur, quòd neque posset rem capere hæres ex titulo *Pro Hærede*, tunc quando defunctus rem illam possedit bonâ fide quidem, sed fundatâ in ignorantia Iuris, adeoque sine titulo sufficiente: consequens videtur absurdum, & oppositum supponit ut certum Ferdin. Vasq. *L. c. n.* 19. Sequela probatur. quia sicut hæres repræsentat defunctum, ità ut censeatur malæ fidei possessor, ità etiam videtur repræsentare quoad illam Iuris ignorantiam. ℞. Negando sequelam. Disparitas est, quia in casu objectionis defunctus non fuit malæ, sed bonæ fidei possessor: ergo initium possessionis hæredis non est vitiosum: ergo licèt non prosit illi tempus quo possedit defunctus ex defectu tituli, superveniente tamen postmodum titulo *Pro Hærede*, potest præscribere per tempus propriæ possessionis: quemadmodum si defuncto adhuc vivo supervenisset novus titulus à Iure approbatus, à tempore tituli potuisset præscribere, etiamsi prior possessio non profuisset: satis enim est, quòd non sit vitium in fide.

213. DICO 2. Si hæres ex alio superveniente titulo possideat rem à defuncto malâ fide possessam, potest à puncto acquisiti tituli possessionem computando præscribere. Ità omnes. Probatur ex *L.* 5. §. 1. *ff. de diversis temporal. præscript.* ubi casus talis resolvitur. [Ex facto propositum est, quendam cùm rem pignori dedisset, eandem distraxisse, hæredémque ejus redemisse, quæritur, an hæres adversus pignoris persecutionem exceptione longæ possessionis uti possit. Dicebam hunc hæredem, qui pignus ab extraneo redemit, posse exceptione uti, quia in extranei locum successit, non in ejus qui pignori dederat: quemadmodum si antè redemisset sic deinde hæres exstitisset.] Quibus verbis indicatur ratio Conclusionis. quia tunc possidet rem non titulo *Pro Hærede*, nec ut repræsentans defunctum, nec ut successor illius, sed, v. g. *ex empto*, & ut successor singularis.

214. DICO 3. Quod in prima conclusione assertum est, non tantùm de præscriptione temporis ordinarii, sed etiam temporis longissimi asserendum est. Ità Alexander, Jason, Panormit. Fachineus, quos refert & sequitur Castro Palao, & Arnoldus Rath. contra quosdam, quos refert & sequitur Covarruvias *L. c. n.* 4. *Ferd. Vasq. c.* 75. & probabile ait Lessius.

Probatur Conclusio. Ius Civile, quatenus ad præscriptionem longissimi temporis non requirebat ab initio bonam fidem, est correctum à Iure Canonico, ut dictum est. atqui possessio hæredis quà talis in casu conclusionis incæpit (fictione Iuris) cum mala fide, quia ejus initium sumitur à possessione defuncti inclusivè, qui fuit in mala fide: ergo præscriptioni longissimi temporis obest mala fides defuncti.

215. DICO 4. Quoad res immobiles mala fides auctoris nocet etiam successori proximo singulari, si rem alienavit ignorante Domino, idque Iure novo *Auth. malæ fidei. C. de Præscriptione longi temporis*, ne scilicet præscribat tempore ordi-

ordinario dominium, non tamen nocet, quominus præscribat tempore extraordinario. [Malæ fidei possessore alienante cessat longi temporis præscriptio, si verus Dominus ignoret suum Ius, & alienationem factam: spectatur ergo triginta annorum defensio. Si verò is qui putabat easdem res sibi competere, hoc cognoscens intra decem annos inter præsentes, & viginti inter absentes, litem non fuerit contestatus, possessor præscriptione munitus firmiter eas habebit.]

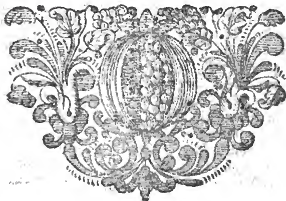
216. Dixi 1. *Dominium.* Nam de hoc solo loquitur adducta authentica, quæ proinde utpote exorbitans & correctoria Iuris antiqui, non est ad alia Iura, v.g. hypothecas extendenda: adeoque has etiam hodie ordinario tempore præscriberet bonæ fidei possessor, etiamsi eas à malæ fidei possessore comparâsset, rigore antiqui juris in hoc non correcti. *l.* 1. *&* 2. *C. Si adversus creditorem præscriptio opponatur.* lex. 1. sic habet. [Diuturnum silentium longi temporis præscriptione corroboratum creditoribus pignus persequentibus inefficacem actionem constituit: præterquam si debitores, vel qui in eorum jura successerunt, obligatæ rei possessioni incumbant. Vbi autem creditori à possessore longi temporis præscriptio objicitur, personalis actio adversus debitorem salva ei competit.] Casus est iste. Mutuâsti mihi decem, obligavi tibi pignora; ea distraxi malâ fide, Paulus qui ea comparavit, decem annis bonâ fide possedit, potest à te actione hypothecariâ conventus exceptione præscriptionis longi temporis se tueri, salvâ tibi actione personali adversus me pro debitô. Secunda lex sic habet. [Si debitori hæres non exstitisti, sed justâ 20. annorum (*inter absentes*) possessione collata in te donatio corroborata est, neque personali actione, quia debitori non successisti, conveniri te Iuris ratio permittit: neque NB. data pignori prædia post intervallum longi temporis tibi auferenda sunt.]

217. Dixi 2. Res *immobiles.* Nam in præscriptione rerum mobilium nihil est immutatum. Nec erat operæ pretium immutare. Quamvis enim casus fingi posset, quo res mobilis à malæ fidei possessore accepta possit intra triennium præscribi, is tamen erit rarissimus, nam regulariter res mobiles malâ fide possessæ sunt furtivæ, & ideo non præscribibiles, ut dicemus.

218. DICO 5. Bona fides Auctoris prodest Successori, tam universali, quàm particulari, adeo ut nisi in hoc mala fides superveniat, possit computare tempus possessionis, quo auctor bonâ fide possedit, illúdque cum tempore suæ possessionis conjungere, seu (ut Juristæ loquuntur) possit accessione temporis uti. Ratio est. Quia Auctor vult in successorem omne suum jus transferre, atqui inter jura erat hoc, quod est, cœpisse præscriptionem possessione bonæ fidei: ergo & hoc transfert.

219. DICO 6. Quæ dicta sunt de mala fide auctoris ut nociva successori, non solùm procedunt in personis particularibus, sed etiam in Communitate respectu posterorum, aut successorum. Ità communis contra Bartolum & Baldum, quorum auctoritas non est magnifacienda in hoc puncto, ut advertit Arnoldus Rath. t. 58. Nam Baldus solâ Bartoli auctoritate nititur, Bartolus verò auctoritate Innocentii *in cap. cura. de Iure patron.* ubi id non simpliciter affirmat, sed potiùs in contrarium inclinat. Ratio Conclusionis est, quia Vniversitas est semper eadem, & non mutatur ex eo quòd moriantur singuli successivè, & alii in locum eorum succedant. l. 76. ff. de Iudiciis. ibi. [Nam & Legionem eandem haberi, ex qua multi decessissent, quorum in locum alii subjecti essent, & Populum eundem hoc tempore putari, qui ab hinc centum annis fuissent, cùm ex illis nemo nunc viveret.] Baldus etiam in *L. Imperium ff. de Iurisd. omnium Iudicum.* tradit, scientiam oblivioni traditam non esse habendam pro bona fide; & hinc infert, quòd si populus volens præscribere Iurisdictionem in aliquo castro fuerit à principio malæ fidei, licèt hodie sit bonæ fidei, non præscribat in æternum, quia cùm populus sit idem numero, semper videtur mala fides continuari.

220. Dices. Ergo etiam mala fides Prælati nocebit Ecclesiæ, & impediet quominus Ecclesia postmodum præscribat. ℞. Negando consequentiam & paritatem, quia Prælatus in hoc casu considerandus est ut administrator bonorum; quare sicut mala fides Tutoris non impediret præscriptionem pupilli, ità nec mala fides Prælati. Obligatur tamen iste satisfacere parti læsæ pro damno, & antequam compleatur Præscriptio, tenebitur cursum interrumpere, manifestando, rem esse alienam.



CON-

CONTROVERSIA III.

Qualis Titulus ad præscribendum requiratur & sufficiat.

SUMMARIUM.

221. NOtandum 1. Titulum hoc loco aliud non esse, quàm causam ex se habilem ad transferendum dominium, ut sunt Donatio, Emptio, Permutatio, Legatum, Fideicommissum, Occupatio rei pro derelicto habitæ, Aditio hæreditatis, &c. Quando enim Donator v.g. non fuit rei Dominus, sed esse existimabatur, licèt donando non transferat dominium, transfert tamen usucapiendi conditionem, & dicor possidere titulo donationis, seu *pro Donato*, qui titulus solet vocari *Coloratus*, quia est tantùm apparens, reverâ enim res non erat cum effectu translationis dominii donata. Vocant hunc titulum Lugo, & Dicastillo *Titulum præsumptum*, sed est æquivocatio & abusus vocabuli: nam licèt titulus coloratus possit vocari præsumptus hoc sensu, quatenus habens titulum coloratum ex empto, v.g. prudenter & bonâ fide præsumat venditorem fuisse Dominum mercis, non tamen vocatur à Juristis titulus iste simpliciter & absolutè præsumptus, sed per titulum præsumptum aliud intelligunt. pro quo

222. Notandum 2. Titulum, qui ad præscriptionem saltèm quandoque sufficere potest, & requiritur, posse esse triplicem. Primus dici potest Titulus verus, sed invalidus, qui & vocatur *Coloratus*, seu apparens, quem jam explicavimus, nempe quando reverâ intervenit, v.g. donatio, sed ex latente aliqua causa fuit invalida, quod provenire potest, vel quòd Iura talem donationem secundùm se invalident, ut inter virum & uxorem, vel quia donator non erat Dominus, vel quia non intervenit insinuatio quam Iura requirunt, &c. Secundus vocari potest titulus existimatus, quando scilicet non quidem reverâ talis titulus intervenit, sed tamen ex justa causa existimo, talem rem mihi donatam, aut legatam esse, quia alius, qui rem quasi ex illis titulis debitam tradidit, persuasit mihi illam rem ad me pertinere, v.g. si hæres tradat rem quasi mihi legatam, cùm tamen legata non sit, & in hoc casu dicor possidere *pro meo*, vel *pro soluto*. & de hoc titulo agitur in Digestis *Lib.* 41. *t.* 10. qui inscribitur *Pro suo*. Tertius vocatur *Titulus præsumptus*, hoc est, quando ob diuturnitatem temporis, v.g. 30. annorum, præsumitur à Iure titulus præcessisse, licèt possessor non possit speciem tituli allegare, quia non recordatur ampliùs, an pro donato, vel empto, vel hærede, vel legato, &c. possideat. Quando verò talis titulus præsumatur à Iure, vel non præsumatur, ex dicendis constabit.

223. DICENDUM 1. Ad præscribendum tempore ordinario, non sufficit titulus merè præsumptus, imò nullus tunc â Iure præsumitur, sed debet allegari, & probari certus titulus, alioquin usucapio non intelligitur exstitisse. Quomodo hoc in Servitutibus verificetur, postea dicetur. Probatur conclusio ex *Lege* 27. *ff. h. t.* [Celsus errare eos ait, qui existimarent, cujus rei quisque bonâ fide adeptus sit possessionem, pro suo usucapere eum posse, nihil referre emerit necne, donatum sit, necne, si modò emptum vel donatum sibi existimaverit, quia neque pro donato, neque pro legato, neque pro dote usucapio valeat, si nulla donatio, nulla dos, nullum Legatum sit.] Et adhuc clariùs ex *Lege* 24. *C. de R. V.* [Nullo justo titulo præcedente possidentes ratio Iuris quærere dominium prohibet. Idcirco cum etiam usucapio cesset, intentio dominii nunquam

quam absumitur.] Nota, legem hanc non loqui de titulo existimato superiùs explicato, & de quo loquetur conclusio sequens, sed de titulo existimato in hoc sensu, quòd quis falsò sibi persuadeat, talem titulum, v. g. donationem intervenisse.

224. DICENDUM 2. Ad præscribendum tempore ordinario, non requiritur titulus coloratus, sed sufficit titulus existimatus, seu putatitius, secundo loco explicatus, excepto emptionis titulo, de quo specialiter agendum erit. Hanc conclusionem non invenio quidem apud Theologos satis expressam, quin imò videntur supponere, titulum coloratum requiri. Solus P. Castro Palao insinuat conclusionem §. 5. *n.* 2. Ex Juristis eam obiter etiam insinuat Cuiacius in dictam legem *Celsus* 27. fusiùs eam tradit Schneidewein *n.* 37. VVesenbecius *n.* 2. *ff. pro donato.* Julius Pacius, Harpprecht, Mynsingerus, Manzius §. 11. *à n.* 6. Bacchovius in Treutlerum *de Vsucap. litt. E. & F.* Arnoldus Rath *ib. n.* 11. estque proinde communis apud Juristas. Probatur ex variis legibus. imprimis ex 5. *& 6. ff. pro Legato.* [Ea res quæ Legati nomine tradita est, quamvis Dominus ejus vivat, Legatorum tamen nomine usucapietur, si is cui tradita est, mortui esse existimaverit.] Item ex *L.* 33. §. 1. *ff. de usucap.* ibi. *Si justam causam habuerit, existimandi, se hæredem, vel bonorum possessorem Domino exstitisse, fundum pro hærede possidebit.* & clarissimè l. 48. ff. eod. [Si existimans debere tibi tradam, ità demùm usucapio sequetur, si & tu putes debitum esse. Aliud si putem me ex causa venditi teneri, & ideo tradam. Hic enim nisi actio præcedat pro emptore, usucapio locum non habet.] Ecce! quàm clarè ponatur discrimen inter alios titulos possesssionis, & inter titulum Emptionis, prout etiam habetur in aliis legibus. *L.* 2. *ff. pro Emptore. L.* 27. *ff. de Vsucap.* Sed de hac exceptione postea.

225. DICENDUM 3. Servitutes saltèm reales continuæ, hoc est, habentes actum continuum, ut aquæductûs, suggrundii, &c. præscribuntur tempore ordinario sine titulo, hoc est, non tenetur præscribens allegare & probare titulum, sed sufficit scientia & patientia Domini. Habetur in *L.* 10. *ff. Si servitus vindicetur.* [Si quis diuturno usu & longâ quasi possessione Ius aquæ ducendæ nactus sit, non ei necesse est docere de jure, quo aqua constituta est, veluti ex legato, vel alio modo, sed utilem habet actionem, ut ostendat per annos fortè tot usum se, non vi, non clàm, non precariò possedisse.] & in *L.* 5. §. 3. [Si quis servitutem Iure impositam non habeat, habeat autem velut longæ possessionis prærogativam, ex eo quòd diu usus est servitute, interdicto hoc uti potest.]

226. Ratio est, quia scientia & patientia Domini est loco tituli, legibus ità constituentibus, & patientiam Domini consensum interpretantibus.

Dixi 1. *Continuæ.* nam de discontinuis, ut sunt, iter, actus, via, Iure quidem Bavarico *tit.* 26. *a.* 5. constitutum est, ut titulus etiam allegetur & probetur. De Iure verò communi dubitationem movet Arnoldus Rath ex eo, quòd distinctio inter servitutes continuas, & discontinuas communiter quidem recepta, sed ad theoriam & Iuris veritatem accuratiùs examinata, non sine ratione rejici & dici posset, quòd omnes omnino servitutes perpetuam causam habeant, per legem 28. *ff. de Servit. urb. prædior.* quæ sic habet. [Neque enim perpetuam causam habet, quod manu fit, at NB. quod ex cœlo cadit, etsi non assiduè fit, ex naturali tamen causa fit, & ideo perpetuò fieri existimatur.] Quia scilicet natura servitutis cujusque, nisi per accidens pacto impediatur, talis est, ut quoties libuerit, eâ uti liceat, quod enim naturaliter fit, & semper quandocunque libet fieri potest, perpetuum ac continuum est, etsi assiduè non fiat.

Cæterùm eodem auctore fatente, distinctio illa, & opinio, asserens servitutes discontinuas sine titulo non nisi immemoriali tempore acquiri, adeoque titulo opus esse, ut ordinario tempore acquirantur, non solùm ab omnibus ferè veteribus Interpp. approbata est, sed hodie etiam ità invaluit, ut eam summa tribunalia passim sequantur in judicando, ut etiam testatur Covarruvias *L.* 1. *variar. resol. c.* 17. *n.* 11. Neque est Iuribus destituta. Nam pro ea facit lex 1. §. *fin. um lege.* 2. §. 8. *ff. de aqua pluvia arcenda. L. Servitutes ff. de Servit. & L. hoc Iure.* 3. §. *ductus aquæ. ff. de aqua quotid. & æstiva.* de quibus satis dictum est tr. de Servitutibus.

227. Existente ergo titulo quem quis à putativo prædii Domino obtinuit bonâ fide, omnes servitutes indistinctè ordinario tempore præscribuntur. L. fin. *C. de præscript. longi temp. circa finem.* [Ut bono initio possessionem tenentis, & utriusque partis domicilio requisito sit expedita quæstio pro rebus ubicunque positis, nulla scientia vel ignorantia exspectanda, ne altera dubitationis inextricabilis oriatur occasio. Eodem observando, & si res non soli sint, sed incorporales, quæ in Iure consistunt, veluti usufructus & cæteræ servitutes.]

228. Dixi 2. *Servitutes reales.* Quia Jura adducta pro conclusione, tantùm de realibus loquuntur. Vnde saltèm usumfructum communiter excipiunt DD. qui ob damni gravitatem, & contentum rei emolumentum à realibus servitutibus separatur, ut sine titulo non præscribatur tempore ordinario, quia à regula generali requirente titulumn, ullibi eximitur, sicut servitutes reales.

229. DICENDUM 4. Ea quæ tempore ordinario sine titulo præscribi non possunt, præscribuntur tamen tempore extraordinario, 30. vel 40. annorum, (quæ appellatur Possessio lon-

longissimi temporis) quin teneatur ullum titulum allegare possessor: si tamen ea interveniant, quæ requiruntur, ut pro tunc à Iure præsumatur titulus justus intervenisse, licèt à possessore ignoretur. Ità statutum est utróque Iure, Cæsareo quidem in lege 4. C. *de præscript.* 30. *vel* 40. *annor.* ibi. [Quicunque super quolibet jure, quod per memoratum tempus (40. *annorum*) inconcussum & sine ulla reipsâ illata judiciaria contentione possedit, sinpérque sua conditione, quâ per idem tempus absque ulla judiciali sententia simili munitione potitus est, sit liber, & præsentis saluberrimæ legis plenissimâ munitione securus.] Pontificio verò Iure. *cap. ad aures de Præscript.* [Ad aures nostras pervenit, duas Ecclesias litigâsse super decimis, quas una earum in alterius parochia annis 40. possedit. Tuæ fraternitati tenore præsentium innotescat, quòd de Iure melior est conditio possidentis. Quia quadragenalis præscriptio omnem prorsus actionem excludit.]

230. DICENDUM 5. Vt autem pro 30. aut 40. annorum possessore titulus præsumatur, necesse est. 1. Vt talis possessio non sit à Iure prohibita, sive (ut Iura loquuntur) ne Ius ei resistat. Ex hoc defectu non præscriberet unus Episcopus contra alterum, etiamsi per 40. annos aliquas parochias, aut Ecclesias in Diœcesi alterius existentes possedisset, si titulum allegare non posset, ut habetur. *c.* 1. *de Præscript. in* 6. vel certè per tempus immemoriale possederit. [Episcopum, qui Ecclesias & decimas, (*licèt in tua sint constitutæ Diœcesi*) proponit se præscripsisse, allegare oportet hujusmodi præscriptionis titulum & probare. Nam licèt ei, qui rem præscribit Ecclesiasticam, si sibi non est contrarium jus commune, vel contra eum præsumptio non habeatur, sufficiat bona fides, ubi tamen est ei jus commune contrarium, vel habetur præsumptio contra ipsum, bona fides non sufficit, sed est necessarius titulus.]

Requiritur 2. Vt non aliunde sit præsumptio malæ fidei in possidente, talis enim præsumptio excluderet præsumptionem justi tituli.

231. DICENDUM 6. Si tamen contra prohibitionem & resistentiam legis aliquis bonâ fide per tempus immemoriale possedisset (modò de injusto & vitioso titulo non constiterit) adhuc præscriberet, ut habetur in cap. citato, ubi additur in fine. *Nisi tanti temporis allegetur præscriptio, cujus contrarii memoria non existat.*

232. Quodsi de titulo vitioso constaret, præsumeretur ex illo & non alio possedisse (nisi adhuc alium justum titulum etiam allegaret) & sic non præscriberet. Quod quidem de Iure Bavarico certum est, sed de Iure communi controversum. Nam adhuc præscripturum contendit Ferd. Vasquez. *Ill. contr. l.* 2. *c.* 81. *n.* 11. citans plurimos, & inter eos *Covarr. in c. possessor. p.* 2. §. 5. qui tamen non loquitur de casu quo constaret de vitioso titulo. Negativa itaque verior est, quam tenent Masquard. *de Probat. vol.* 3. *concl.* 1321. *n.* 38. & 63. Fachineus. *lib.* 8. *c.* 33. Rath. *c.* 3. *th.* 34. Ratio est, quia nemo præsumitur ex alio titulo possidere, quàm de quo constat, si de aliquo constat. Et hæc de Titulis in genere. Nunc de quibusdam in specie aliquid dicendum est.

§. I.

De Titulo. Pro Emptore.

233. DICENDUM est. 1. Ad præscribendum tempore ordinario ex titulo emptionis existimato, non sufficit, si aliquis mihi rem tradat, putans se illam rem aliquando mihi vendidisse, & hoc ego credã. Ità habetur in *l.* 48. *jam sup. adducta ff. de Vsucap.* in qua ratio specialitatis pro hoc contractu redditur his verbis. [In cæteris causis solutionis tempus inspicitur, & sufficit me putare meum esse, cùm solvis: in emptione autem & contractûs tempus inspicitur, & quo solvitur.] Sensus est. In titulo emptionis aliter requiritur bona fides, quàm in aliis contractibus. Nam in aliis sufficit ad præscribendum, si bona fides adsit tempore traditionis, seu solutionis, etiamsi antea præcessisset mala fides, at verò in Emptione requiritur, ut bona fides etiam adfuerit, dum fieret contractus emptionis, hoc est, ut nescirem esse alienam. Et hoc fortassis ideo specialiter statutum est, ut sic absterrerentur homines ab emptione rerum alienarum, si scitent sibi talem scientiam obesse ad præscribendum, ut notat VVesenbecius: atqui in casu Conclusionis nulla emptio supponitur præcessisse: ergo nec bona fides præcedere potuit. Fateor hanc legis rationem obscuram esse, & pluribus impugnari posse, quod tamen non expedit: nam lex ipsa nobis loco rationis esse debet, quia non omnium legum rationes à nobis reddi posse, suo loco notavimus.

234. DICENDUM 2. Sufficit tamen etiam in titulo Emptionis aliquando titulus existimatus, tunc nempe, quando alius, v. g. meus servus, vel procurator cui rem emendam mandavi, mihi rem tradat, asserendo, se eam meo nomine emisse. Ità habetur in lege fin. ff. *pro suo.* §. 1. ibi. [Vt probabilis error possidentis usucapioni non obstet, veluti si ob id aliquid possideam, quòd servum meum, aut ejus cujus in locum hæreditario jure successi, emisse id falsò existimem, quia in alieni facti ignorantia tolerabilis error est.] & *l.* 11. *ff. pro emptore.* [Quod vulgò traditum est, eum qui existimat, se quid emisse, non posse pro emptore usucapere, hactenus verum esse ait, si nullam justam causam ejus

ejus erroris emptor habeat; nam si fortè servus aut procurator, cui emendam rem mandâsset, persuaserit, se emisse, atque ità tradiderit, magis esse, ut usucapio sequatur.]

235. Dices. Etiam in hoc casu non intervenit bona fides tempore contractûs, quia ponitur nullus contractus esse celebratus: atqui ex hujus defectu non præscribitur in casu præcedentis conclusionis: ergo nec in casu hujus conclusionis. ℞. In casu hujus conclusionis intervenit bona fides ex parte principalis, quantùm in ipso erat, & ab ipso exigebatur, scilicet dum mandatum dedit, ut res suo nomine emeretur.

Ad hunc Titulum pertinet subtilis illa quæstio quam movet Antonius Faber *lib. 7. conjectur. c. 13.* an nimirum usucapi possit ab emptore res empta à pupillo, aliena, sed bonâ fide putante esse pupilli, quem tamen scit esse pupillum, sed laborat ignorantiâ juris. Affirmat Faber hoc discursu permotus. Nam si quid obstaret, vel obstaret vitium rei, vel conditio pupilli: neutrum obstat. Non vitium rei: quia non est res pupillaris, ut ponimus, sed aliena. Non persona pupilli: quoniam in hac parte non est favorabilis pupillus, utpote cujus nihil interest, cùm neque per talem venditionem fiat pauperior, nec ex contractu sine tutoris auctoritate inito de evictione teneatur, quia nullo modo ex parte sua obligatur, cùm contractus claudicet, ut suo loco dictum præced. tr. Imò pupilli utilitas postulat, ut usucapio compleatur, ne pupillus teneatur acceptum pretium restituere, ne quidem si locupletior factus sit, quod tamen alioquin restituere deberet.

236. DICENDUM tamen est, talem rem ob defectum tituli non posse usucapi, & habetur satis apertè in lege 31. *ff. de Usucap.* [Nunquam in Usucapionibus Iuris error possessori prodest, & ideo Proculus ait, si per errorem initio venditionis tutor pupillo auctor factus sit, vel post longum tempus venditionis peractum, usucapi non posse, quia Iuris error est.]

237. Respondet Faber, in hac lege sermonem esse de re pupillari vendita, non de aliena. Sed contra est, quia hac ratione non debuisset lex suam resolutionem fundare unicè in errore Iuris, sed potiùs in vitio rei, quæ nunquam præscribi potest, ut dicetur infrà.

§. II.

De Titulo. Pro Suo, & Pro Soluto.

238. Titulus *pro suo* non consideratur ut est quidam titulus generalis, transcendens alios titulos speciales, in quibus aliquo modo imbibitur. Nam & qui pro emptore, pro donato, pro derelicto, pro legato, pro hærede possidet, dicitur hoc sensu possidere *pro suo*. & hoc sensu non est titulus idoneus ad præscribendum, nam omni speciali titulo tanquam principali sublato, tollitur etiam titulus generalis tanquam accessorius illius. Igitur hoc loco habet rationem Tituli specialis, quando nempe res aliena à nobis bonâ fide possidetur ex aliqua causa, quæ ad alios nominatos speciales titulos non pertinet, & tamen apta est ex se conferre dominium: hujusmodi causas plurimas retulimus capite præcedente, in modis acquirendi dominium jure gentium, v.g. per inventionem gemmæ in littore maris, putans nullius in bonis unquam fuisse: item per venationem, capiendo cervum, qui jam mansuetus factus ab alio, & consuetudinem redeundi adhuc retinens, ad alium spectat, quod ego ignoro. hujusmodi res dicitur quis speciali titulo possidere *Pro suo*.

239. Quod dictum est de Titulo *Pro suo* etiam verum est in titulo *Pro soluto*, nempe quòd aliquando generalis sit, & transcendat varia genera solutionum factarum, sive ex causa judicati, sive pro empto, sive pro donato, noxæ dedito, mutuo dato, &c. aliquando verò sit specialis.

240. Specialis autem Tituli rationem habebit in hoc casu. Putas te mihi v.g. ex legato vel quocunque alio titulo equum debere, & mihi in solutum tradis equum alienum, non significans mihi specialem titulum, sed tantùm dicens, te debitorem esse hujus equi, hac possessione in me translatâ, possum equum præscribere & usucapere titulo *pro soluto*, quia de nulla alia causa possidendi mihi constat.

§. III.

De Titulo. Pro Donato.

241. Ex eo quòd titulus hic lucrativus sit, dubitatum fuit & controversum apud veteres, an sit sufficiens ad Usucapionem justificandam, si quis mihi rem alienam, putans esse suam, donaverit. Dubitationem sustulit Iustinianus *L. pen. C. de Præscript. longi temp. 10. annorum.* ibi.[ut sive ex donatione, sive ex alia lucrativa causa bonâ fide quis possederit, exceptio sine dubio ei competat, nec occasione lucrativæ causæ repellatur.] Et in Digestis habet hic titulus specialem locum, ubi lege 1. dicitur. *Pro donato usucapit, cui donationis causâ res tradita est. nec sufficere, opinari, sed & donatum esse oportet.* quæ ultima verba non ità accipienda sunt, quasi donatio existimata non sufficeret, si aliquis mihi equum alienum traderet, existimans se mihi illum ex dono debere: hoc enim sufficeret, ut suprà probatum: sed sermo hîc est de imaginaria persuasione & deceptione, quasi aliquis mihi rem donâsset, & hoc non sufficeret juxta superiùs dicta.

242. Circa hunc titulum controvertitur, an filius ex illo possit usucapere rem alienam à patre sibi donatam, si in ea voluntate moria-

tur:

tur: an inquam illa donatio ità morte confirmetur, ut sufficiat ad usucapionem. Et quidem id apertè negari videtur in *l.* §. 1. *ff. pro donato. Si pater filio quem in potestate habet, donet, deinde decedat, filius pro donato non capiet usum, quoniam nulla donatio fuit. & l. 2. §. 2. ff. pro hærede.* ibi, *cui consequens est, ut filius à patre hæres institutus, res hæreditarias à patre sibi donatas, pro parte cohæredum usucapere non possit.* His tamen non obstantibus affirmandum est, ob clarum textum Codicis *L. 25. de donat. inter virum & uxorem.* [Donationes quas parentes in liberos cujuscunque sexûs in potestate sua constitutos conferunt, vel uxor in suum maritum, vel maritus in suam uxorem, vel alteruter eorum in aliam personam, cui constante matrimonio donare non licet, vel aliæ personæ, in eam cui donare non poterant, ità firmas esse per silentium donatoris vel donatricis sancimus, si usque ad quantitatem legitimam, vel eam excedentes actis fuerint intimatæ.]

§. IV.

De Titulo Pro Hærede.

243. Titulus *Pro Hærede* dupliciter in Iure accipi solet. Primò, pro eo qui se hæredem falsò contendens, rem verè hæreditariam possidet. Contra hunc datur vero hæredi *Petitio hæreditatis*, contra quam non præscribitur tempore ordinario, sed primum 30. annorum possessione excluditur. Secundò, accipitur Titulus *Pro Hærede* & accommodatur illi qui verè est hæres, & rem alienam in hæreditate inventam tanquam hæreditariam possidet. Et hoc sensu accipitur hoc loco, fundatque præscriptionem longi temporis, illius rei alienæ in hæreditate inventæ, ut habetur *l. 3. ff. pro hærede. Plerique putârunt, si hæres sim, & putem rem aliquam ex hæreditate esse, quæ non sit, posse me usucapere.* Sicut autem suprà diximus, sufficere titulum existimatum, ità & hîc sufficeret, si quis justo errore pro hærede haberetur, qui tamen in rei veritate ob occultum defectum non esset. Non tamen sufficeret, si quis errore ductus putaret se hæredem esse illius quem defunctum falsò existimat, *l. 3. C. h. t. Opinione falsà mortis pro hærede possessio rerum absentis procedere non potest.* Quomodo autem hoc verum sit aut non sit, si defunctus fuit malæ fidei possessor, jam suprà actum est.

244. Controversum tamen est 1. An hoc æquè procedat de hæredibus *Suis*, ac de extraneis. rationem dubitandi de hæredibus *suis* faciunt textus statim referendi. & ideo negativam tenent Donellus, VVesenbecius & Hunnius. Nihilominus dicendum est, etiam hæredes *suos* posse res alienas in hæreditate repertas usucapere. neque enim ullum fundamentum solidum affert Donellus aut alii adversarii, quo probent contrarium.

Argumentantur autem 1. quia hæres *suus* non fit de novo dominus, sed fictione juris jam antè erat dominus, quia fingitur una persona cum defuncto fuisse. atqui ad præscriptionem requiritur titulus aptus transferre dominium in eum qui priùs non fuit dominus, ergo, &c. ℞. Fictionem juris non esse introductam in præjudicium *suorum* hæredum, sed in favorem præcisè: quare illa fictio non impedit, quominus rei veritas in præsenti prævaleat: est autem rei veritas, quod hæres *suus* antè non fuerit dominus. Ratio ulterior est, quia ut benè advertit Antonius Perez, & constat ex dictis de Possessione tr. 4. licèt hæres fictione juris fuerit dominus rerum paternarum, non tamen eas possedit, sed primùm incipit possidere, quando eas apprehendit, & hoc sufficit ad præscribendum res alienas, quarum nunquam fuit dominus, cùm nec defunctus fuerit.

245. Argumentantur 2. Ex lege 2. C. h. t. quæ dicit: *Nihil* pro hærede *posse usucapi, suis hæredibus existentibus magis obtinuit.* ℞. Hanc legem non dicere, quòd sui hæredes non habeant jus usucapiendi *pro hærede*, sed quòd non possint alii extranei quidquam ex illa hæreditate pro hærede usucapere, quamdiu sui hæredes existunt, quorum causa potior est, cùm ipso jure illis quæsita sit hæreditas: his ergo possidentibus alii hoc ipso non possident, quia ut suo loco dictum, non potest eadem res, & eodem possidendi genere, à duobus in solidum possideri. Aliam rationem addit Arn. Rath, *in not. ad th. 22.* quòd extraneus sese pro hærede gerens in eo casu quo sui hæredes existunt, in mala fide versetur, aut versari præsumatur, quoniam nemo tam crassi judicii est, qui non intelligat, se frustra ad hæreditatem ab intestato aspirare, cùm adsunt liberi.

246. Argumentantur 3. Hæres suus tantùm impropriè & abusivè dicitur hæres *L. 11. ff. de liberis & posthum.* & *Inst.* §. 1. *de Hæred. qualit. & differ.* ℞. Vtrumque locum prorsus ineptè afferri, & hæredi suo perfectiùs convenire rationem hæredis quàm extraneo, ut patet ex toto titulo Inst. *de Hæreditatum qualit. & differ.* Itaque primus textus non dicit, quòd non sint hæredes, sed quòd quodammodo non videantur hæredes, propter jus ad bona hæreditaria etiamsi hæredes non instituerentur. Verba textûs sunt. [In suis hæredibus evidentiùs apparet, continuationem dominii eò rem perducere, ut nulla NB. videatur hæreditas fuisse, quasi olim hi domini essent, qui etiam vivo patre NB. quodammodo domini existimantur, &c. itaque post mortem patris non hæreditatem percipere videntur, sed magis liberam bonorum administrationem consequuntur: hac ex causa licèt non sint hæredes instituti, domini sunt. Nec obstat, quòd licet eos

eos exhæredare, quòd & occidere licebat.] Ex quibus patet, quòd potiùs sit quidam abusus verborum, quando hæredes sui dicuntur fuisse domini, quàm quando dicuntur Hæredes; certè S. Paulus hanc consequentiam fecit: *Si filius & hæres.* &: *cùm sit hæres omnium.* qui utique non abusivè locutus est. Minùs ad rem facit textus Instit. ubi potiùs contrarium dicitur. *Sed sui quidem hæredes ideo appellantur, quia domestici hæredes sunt, & vivo quoque patre NB. quodammodo Domini existimantur.*

247. Argutantur 4. Ex *L.* 2. §. *fin. ff. pro hærede.* ubi Julianus negat filium rem à patre donatam pro hærede usucapere posse. Hanc objectionem meritò explodit, & potiùs in adversarios retorquet Arnoldus Rath. Si enim *Suus* hæres nunquam pro hærede usucapere posset, frustra in ea lege quæreretur, an in casu ibidem proposito ex ea speciali ratione dubitandi usucapio *Pro hærede* non procederet, quòd filius possessionem rei vivo adhuc patre ex prohibita causa, scilicet donationis nactus esset, cùm etiam hoc impedimento sublato, nunquam filius suus ex contraria DD. sententia *Pro hærede* (ut volunt adversarii) usucapiat. Textus sic habet. [Filium quoque donatam rem à patre pro hærede negavit usucapere Servius. Scilicet, qui existimabat, naturalem possessionem penes eum fuisse vivo patre. *Sed ponderanda sunt verba sequentia.* Cui consequens est, ut filius à patre hæres institutus res hæreditarias à patre sibi donatas NB. pro parte cohæredum usucapere non possit.] Quibus verbis (inquit cit. A.) tantùm negatur usucapio hoc titulo pro portionibus cohæredum, adeoque satis innuunt, quòd filius pro sua hæreditatis parte usucapere possit. Itaque ex eo quòd lex specialiter dicat, rem donatam à patre non posse usucapi, per argumentum à contrario, quod in Iure fortissimum dicitur, infertur, alias res hæreditarias usucapi posse. quia in donatione est specialis ratio propter nullitatem donationis, & quia filius jam naturaliter possedit vivo patre.

248. Controvertitur 2. In quibus casibus locum habeat titulus Pro Hærede. Imprimis certum est, quòd si defunctus rem ut suam bonâ fide (nam de mala fide quomodo noceat successori suprà dictum est) possedit, successor continuet possessionem, & præscriptionem compleat ex illo titulo, ex quo eam defunctus possedit, adeoque non *Pro hærede.*

249. Itaque 1. Tunc potest hic titulus sufficere & allegari, quando hæredi non constat ex quo titulo, & an bonâ vel malâ fide possederit defunctus. Tunc enim, quia bona fides defuncti præsumitur, si hæres hujusmodi rem quam putat ex hæreditate esse, legitimo tempore possedit, solo hoc titulo *Pro Hærede* præscribet, & se contra veterem Dominum tamdiu defendet, donec is malam fidem defuncti probaverit.

250. Secundò, potest hic titulus habere locum in casu quo defunctus alienas ædes incoluit, in quibus Dominus ædium cubiculum aliquod rebus suis asservandis reservavit: hæres deinde res ibi asservatas, quasi defuncti fuissent, tanquam hæreditarias apprehendat, tunc pro hærede poterit usucapere.

251. Tertiò, ex quorundam sententia quos sequitur Bacchovius, in illis etiam casibus huic titulo locus est, quibus defunctus rem alienam non suo, sed alieno nomine detinuit, v. g. ut commodatam, depositam, locatam, &c. Quia in his casibus, cùm in defuncto nullum vitium fuerit, nihil impediet, quominus hæres eam velut *Pro hærede* usucapiat. Verùm Arnoldus Rath huic sententiæ se opponit ex eo capite, quòd hæres Iuris præsumptione, quantumcunque alium habeat animum, censeatur ac fingatur tenuisse, & possedisse eo modo & formâ, quibus tenebat defunctus, quia cum eo reputatur una persona, & in omnem defuncti locum succedit, eodem proinde & non meliori Iure usurus. Ergo sicut defunctus absque superveniente extrinsecùs novâ causâ non poterat solo animo sibi mutare causam possessionis, ità nec ejus hæres potest, nisi Domino reposcente intervertat possessionem.

Fundat se præterea, nec immeritò in *L.* 11. *ff. de divers. temp. præscript.* ibi. *& ideo* (hæres) *licèt precarium ignorans usucapere non potest, quod defunctus non potuit.* Hæc lex multùm favet huic Auctori. quamvis responderi posset, eam loqui de possessione defuncti, qui fuerit malæ fidei, quæ etiam in precariò possidente subesse potest, quia potest velle suo nomine possidere, & facto aliquo possessionem intervertere. & sequentia verba hoc etiam insinuant. *Neque enim rectè defendetur, cùm exordium ei bonæ fidei ratio non tueatur.*

252. Ad rationem verò hujus auctoris responderi posset, omnino requiri, ut facto aliquo possessionem Domini intervertat, ut desinat civiliter possidere, hoc autem sufficienter fieri per illam apprehensionem, quâ possessionem bonorum hæreditatis acquirit: & quatenus hoc modo novæ possessionis initium facit, ut sic est aliquo modo distincta persona à persona defuncti, & fictio veritati cedit. Alioquin non video, quomodo *pro hærede* præscribi possit res aliena à defuncto possessa, sed ità ut non constet, bonâ an malâ fide possederit, quod tamen hic Auctor asserit th. 24. certè in hoc casu videtur tota argumentatio hujus auctoris procedere, adeoque & illi solvenda videtur. Quare sententia Bacchovii & aliorum mihi satis probabilis videtur, quòd talis se possit contra veterem Dominum eo usque præscriptione defendere, donec ille doceat, defunctum fuisse malæ fidei possessorem, aut se in civili possessione permansisse.

§. V.

De Titulo. Pro Legato.

253. Rem alienam posse *pro legato* præscribi, probabili errore interveniente constat ex *lege* 4. *ff. pro legato.* [Pro legato potest usucapi, si res aliena legata sit, aut testatoris quidem sit, sed adempta codicillis ignoratur, in horum enim persona subest justa causa, quæ sufficit ad usucapionem. Idem potest dici, si in nomine erit dubitatio, veluti si Titio legatum sit, cùm sint duo Titii, ut alter de se cogitatum existimârit.] & lege ult. [Pro legato usucapit, cui rectè legatum relictum est: sed etsi non jure legatum relinquatur, vel legatum ademptum est, pro legato usucapi, post magnas varietates obtinuit.]

254. Sed quidsi quis rem legati nomine traditam bonâ fide possideat, existimans legantem esse defunctum, cùm adhuc vivat, usucapietne? ℞. Affirmativè l. 5. & 6. [Ea res quæ legati nomine tradita est, quamvis Dominus ejus vivat, legatorum tamen nomine usucapietur, si is cui tradita est, mortui esse existimaverit.]

255. Aliter se res habet in donatione mortis causâ. [Si enim alienam rem mortis causâ donavero, eáque usucapta fuerit, verus Dominus eam condicere non potest, sed ego si convaluero.] *l.* 13. *ff. de donat. causâ mortis.* Nempe condicere possum condictione sine causa, quia donatore convalescente, donatio causâ mortis facta, ipso jure revocatur, ut suo loco dicetur. Et hæc de Titulo ad præscribendum requisito.

CONTROVERSIA IV.

Qualis, & quam diuturna possessio ad Usucapionem sufficiat.

SUMMARIUM.

Ad præscribendum non sufficit possessio naturalis sine civili. 256.
Civilis tamen sine Naturali sufficit. 257.
Possessio debet esse continuata. 261.
Tempus non de momento in momentum, sed de die in diem computandum est. 266.
Res mobiles, quantumvis pretiosæ privatorum cum titulo præscribuntur triennio. 268.
Non solùm Jure Civili, sed etiam Salvis Canonibus idem de rebus mobilibus Ecclesiarum inferiorum dicendum. 270.
Aliud dicendum de rebus mobilibus Ecclesiæ Romanæ. 271.
Sine titulo res mobiles saltèm spatio 30. *annorum præscribuntur.* 272.
Quæ Conditiones requirantur ad præscribenda beneficia Ecclesiastica. 273.
Quomodo præscribens reddatur securus in conscientia 283.
Res fiscales mobiles & immobiles vacantes & denuntiatæ præscribuntur spacio 4. *annorum.* 290.
Quænam dicantur Bona vacantia & denuntiata. 292.
Conclusio procedit de fisco Sæculari. eod.
Quinquennalis præscriptio procedit contra actionem fisco competentem ob non solutum vectigal. 294.
Olim quinquennio, nunc biennio præscribitur Actio non numeratæ pecuniæ. *eod.*
Res immobiles privatorum cum titulo inter præsentes 10. *inter absentes* 20. *annis præscribuntur.* 295.
Quidsi partim absens partim præsens fuit. 296.
Excipiuntur res minorum. 297.
Quomodo possit exigi spatium 30. *annorum ad præscribendum contra minorem.* 298.
Quando Præscriptio 10. *annorum locum non habet, succedit præscriptio* 30. *an.* 299.
Quinam sint specialiter privilegiati. 300.
Casus exceptus à centenaria præscriptione contra Rom. Eccles. 301.
Civitates etiam gaudent privilegio centenariæ præscriptionis. 303.
An ad enumeratas præscriptiones requiratur titulus. 304.
Quomodo præscribâtur cum titulo Servitutes. 305. 306.
Cur in servitutum præscriptione non requiratur probatio tituli. 307.
Sine titulo non præscribuntur discontinuæ nisi tempore immemoriali. 311.
Quomodo præscribatur ususfructus, & usus. 315.
Quomodo præscribatur libertas à servitute. 316.
Debita præscribuntur cum bona fide contra creditores 30. *annis.* 317.
Excipitur aliquatenus actio hypothecaria. 318.
Quomodo conficiatur præscriptio temporis immemorialis. 319.
Omnis actio criminalis tollitur spatio 20. *annorum.* 320.
Extenditur ad Inquisitionem. 321.
Contra eam non datur Restitutio in integrum. 322.
Quando incipiat currere tempus. 323.
Quorum criminum actio tollatur quinquennio. 324. 325.
Accusatio Apostasiæ perpetuò durat. 326.
Crimen Parricidii nunquam præscribitur. 327.
Duplex species interruptionis, naturalis, & Civilis. 328.
Superveniente dubio negativo non interrumpitur præscriptio. 329.
Si titulus resolvatur, interrumpitur præscriptio. 330.
Præscriptio interrumpitur, quocunque modo interrumpitur Possessio Civilis. 331.
Interrumpitur per litis contestationem, & in quibusdam casibus per citationem. 332.
Quo sensu dicantur omnes post litis contestationem esse malæ fidei. 334.
Non tamen interrumpitur respectu tertii cum quo lis nulla capta est. 335.

Trien-

§. I.

Qualis Possessio requiratur, & sufficiat, Naturalis an Civilis.

256. DICENDUM est 1. Ad præscriptionem non sufficere possessionem naturalem sine civili. Est certa sententia contra Ferd. Vasq. *lib. 2. c. 57.* Ratio est manifesta. Si possessio naturalis sine civili sufficeret, possent duo simul eandem rem præscribere, adeoque fieri Domini in solidum, quod repugnat. sequela probabitur ex assert. seq.

257. DICENDUM 2. Civilis possessio sine naturali sufficit ad præscribendum. Ratio est, quia si civilis possessio sine naturali non sufficeret, nemo facilè unquam præscriberet, quia nemo facilè per tantum tempus continuat possessionem naturalem, sed solam civilem.

258. Objicit Vasquius. Possessio naturalis, utpote corporea, evidens & notabilis, multò favorabilior est, quàm civilis, quæ plerumque est occulta, subdola, fallax, & machinationibus plena, aut certè exposita & valde obnoxia, ideoque tam de iure scripto, quàm & maximè jure forensi receptum est, ut quando diversæ hæ possessiones penes diversum existunt, & alia aliam non recognoscit (sicut recognoscunt se possessio naturalis creditoris & debitoris in pignore, quod ille naturaliter, iste civiliter possidet) possessionis civilis perquam rarus, & in præscriptionibus nullus omnino effectus sit, nisi naturalis alterius possessio prohibitione aliquâ interrumpatur. Verùm hæc omnia falsa sunt, & omnino neganda. Sufficit enim possessio civilis, etiam in casu quo alius naturaliter possidens eam non recognoscit, ut patet in eo qui ad nundinas profectus nemine suo loco in domo relicto, nihilominus ob civilem possessionem usucapit, etiamsi interea alius domum occupâsset animo dominii acquirendi, quamdiu non est ab ingressu repulsus. *L. 6. §. 1. de acquir. possess.* & *l. 25. eod.* quas suo loco, agens de continuatione possessionis retuli tract. 4.

259. Hinc deducitur, neminem incipere præscriptionem solâ & purâ naturali possessione, nisi civilis accedat, ob rationem allatam, quia vel alius possidet civiliter, vel non possidet. Si non? tunc qui possidet naturaliter & suo nomine, ac animo habendi ut suum (& non præcisè animo habendi sibi propter jus pignoris aut ususfructûs) hoc ipso etiam incipit possidere civiliter. Si verò alius possidet civiliter, naturalis possessio nihil iuvat, ut dictum.

260. Urget tamen Vasquius, quòd hinc sequeretur, leges præscriptionis frustra introductas esse, & consilia legislatorum illusoria fore, quasi remedium præscriptionis potissimùm contra absentes, & ignorantes introductũ, semper replicatione civilis possessionis in animo retentæ possit eludi. ℞. Negando sequelam, nam ut ex dictis patet, in tr. 4. de possessione, possessio civilis amittitur etiam ab invito, quantumvis conaretur in animo eam retinere, v. g. quando à possessore naturali non admittitur, & animum desperat recuperandi in continenti possessionem naturalem propriis viribus. Imò etiam nemine naturaliter possidente potest possessio civilis amitti etiam involuntariè, ut, si longo tempore absens neglexit naturalem possessionem occupare. *l. 37. §. fin. ff. de usucap.* [Fundi quoque alieni potest aliquis sine vi nancisci possessionem, quæ, vel ex negligentia Domini vacet, vel quia Dominus sine successore decesserit, vel longo tempore abfuerit.] Item si quis ignoret, rem ab alio detentam esse suam, nec de illa recuperanda ullam cogitationem habeat.

261. Regula generalis ad omnes, quarumcunque rerum præscriptiones, est, quòd Possessio debeat fuisse per certum à Iure constitutum tempus continuata, & nunquam interrupta intra illud tempus, quamvis interruptio non obstet, quominus post illam denuò incepta possit continuari ad præscribendum: quomodo autem possessio interrumpatur, & quomodo *interruptio* differat à *dormitione*, infrà dicetur. Quia verò pro rerum diversitate diversum tempus, sive jure communi, sive privilegio constitutum est, ideo distinctiùs per sequentes §§. id explicandum est.



§. II.

§. II.

Quomodo tempus Præscriptionis computandum sit.

262. NOtandum 1. Res quæ præscribuntur, alias esse mobiles, alias immobiles. Rerum mobilium nomine hoc loco veniunt res corporales, quæ loco moveri possunt, ut animalia, pecunia, instrumenta, &c. Hinc, quia accessorium sequitur principale, ideo actiones, quæ ratione debitorum rerum mobilium competunt, sicut & ipsa debita, bonis mobilibus accensentur, sicut econtra census annui, ususfructus, aliæque servitutes, beneficia, &c. sunt bona immobilia, sicut fundi vel domus, quibus adhærent.

263. Notandum 2. Aliquando præscribi contra absentes, aliquando contra præsentes, & quia durum esset, absentes æquè citò rebus suis privari ac præsentes, qui faciliùs possunt res suas apud alium existentes agnoscere, ideo etiam plus temporis solet quandoque pro absentibus quàm præsentibus requiri. Præsentes autem olim dicebantur, qui sub eodem præside Provinciæ domicilia habebant. *L. fin. C. de longi temp. præscript.* absentes, qui sub diversis. Quod nostris temporibus intelligendum erit de diversis territoriis diversum Iudicem habentibus, cujusmodi plerumque erunt etiam diversæ civitates, habentes suos Gubernatores, aut Consules immediatè supremo Principi subjectos.

264. Notandum. 3. In jure aliam præscriptionem dici longi temporis, nempe decem annorum inter præsentes, & viginti annorum inter absentes; aliam longissimi temporis, nempe 30. vel 40. annorum; aliam centenariam, aliam denique immemorialem: quamvis ex specialibus privilegiis intra 40. & 100. annos dentur etiam aliquæ præscriptiones, ut constabit ex dicendis. Sicut etiam dantur aliquæ præscriptiones infra decennium, trium, quatuor annorum.

265. Notandum 4. Aliquas præscriptiones fieri de quarum titulo non constet, aliquas verò, de quarum titulo constet: hæ dicuntur præscribi cum titulo, illæ sine titulo, quamvis tùnc præsumatur adfuisse titulus ob temporis longinquitatem. His præmissis

Controversia est, quomodo tempus sit computandum, an de momento in momentum, an de die in diem, ità ut sufficiat hunc ultimum diem attigisse. In qua re leges sibi adversari videntur.

266. DICENDUM est cum recepta DD. sententia, non de momento in momentum, sed de die in diem computandum esse. Probatur ex lege. 15. *ff. de diversis temp. act.* [In usucapione ità servatur, ut etiam si minimo momento novissimi diei possessa sit res, nihilominus repleatur usucapio, nec totus dies exigitur ad explendũ constitutum tempus.] In eundem sensum loquitur *lex 6. & 7. ff. de usucap.* [In usucapionibus non à momento ad momentum, sed totum postremum diem computamus. ideoque qui horâ sextâ diei Calend. Januar. possidere cœpit, horâ sextâ noctis pridie Calend. Jan. implet usucapionẽ.] Quæ verba etsi videri possent prioribus contraria, si tamen rectè intelligantur contraria non sunt, quia sensus posterioris legis est, non computare nos in usucapionibus tempus ab hora ad horam, ut necesse sit, quâ horâ quis cœpit possidere, & usucapere, in eandem horam desinere ultimi anni diem, quo finiatur usucapio, sed computare totum diem postremum, ut scilicet, cum ad eum diem perventum sit, quamvis cœptus tantùm sit, non finitus, nihilominus completum censeatur usucapiendi tempus. Ità Bronchorst. & alii conciliant has leges.

267. Verùm plus negotii facessit lex 6. *ff. de obligat. & actionib. In omnibus temporalibus actionibus, nisi novissimus dies totus compleatur, non finit obligationem.*

Omissis variis conciliandi modis optimus est, quem Accursius secundo loco proponit. Nimirum hæc postrema lex loquitur de actionibus personalibus (quibus obligationes respondent) ut si quis intra constitutum tempus non egerit, v. g. si actio sit annalis, intra annum, ab agendo excludatur: & ideo postremus dies totus utilis est actori, adeoque ut contra actionem præscriptum sit (quæ tamen est præscriptio minùs propriè dicta, ut suprà notatum est) necesse est, totum diem effluxisse. Uerum enim est, adhuc talem agere intra annum, etiamsi ultimâ postremi diei horâ agat. Priores verò leges loquuntur de præscriptionibus propriè dictis, quæ excludunt actiones reales, nempe rei vindicandæ datas, in quibus postremus dies aliquâ sui parte cœptus, pro completo habetur. Ratio est, quia in his legibus constituitur priori Domino in rem actio non sub hac conditione: *Si ipse intra tale tempus egerit*: sed sub hac: *si alius possessor non possederit tanto tempore.* Adeoque volunt leges, ut actio cesset, si alter tanto tempore possederit, quod verificatur, si possessio ad ultimum diem saltèm inchoatum pervenerit, etiamsi finitus non sit. Et hæc est communior conciliatio, quam tenent post Accursium Nicolaus de Passeribus, Hunnius, Harpprecht, & reipsâ consentit, si benè intelligo, Arnoldus Rath *c. 5. th. 50. & 51.* Hinc, inquit, sicut Calendis Januariis natus, & anno quarto decimo non solùm ipso natali die, verum & pridiè Kalendarum post horam sextam noctis (id est post dimidiam noctem, quæ Germanis dicitur hora 12.) testamentum condens jam pubes factus testari dicitur, ità qui horâ sextâ diei Calendarum Martiarum possidere cœpit, horâ sextâ noctis pridiè Calend. Mart. implet usucapionem, ut tamen dies intercalaris sive bis sextus, tempori, & inde actori, sive pristino Domino prosit, atque hoc cum præscriptione actionum personalium usucapio rerum commune habeat,

eâ tantùm servatâ differentiâ, quòd in præscriptione actionum personalium postremum diem expletum esse oporteat, in usucapione verò sufficiat eum cœptum fuisse.

§. III.

De Præscriptione triennali rerum Mobilium.

268. DICENDUM 1. Res mobiles, quantumvis pretiosæ privatorum, cum titulo præscribuntur triennio. §. 1. *Instit. de usucap. & lege un. C. de Usucapione transform.* ubi Justinianus correcturus Ius antiquum statuit, *ut si quis alienam rem mobilem, seu se moventem, in quacumque terra bonâ fide per continuum triennium detinuerit, firmo jure eam possideat, quasi per usucapionem acquisitam.* & paulò pòst: *ut in omnibus justo titulo possessionis antecessoris justa detentio, quam in re habuit, non interrumpatur, licèt ex titulo lucrativo ea cœpta sit.*

269. Dicet aliquis, hanc temporis brevitatem iniquam videri: deberet enim plus temporis pro mobilibus, quàm immobilibus taxari, quia celari possunt, & ideo Domino Ius prosequendi difficilius reddi. Respondet Arnoldus Rath, rerum mobilium amissione ut plurimùm minus præjudicii Domino creari, & ideo brevius tempus sufficere. Addo ego, res mobiles si bonâ fide possidentur, non ità solere occultari, jam enim fraudulenta occultatio bonam fidem everteret, imò rem furtivam efficeret, & sic numquam usucapi posset ordinario tempore.

270. DICENDUM 2. Non solùm Iure civili, sed etiam salvis Canonibus, idem de rebus mobilibus Ecclesiarum saltèm inferiorum dicendum est. De Iure civili constat ex *Auth. Quas actiones. C. de SS. Ecclesiis.* quæ sic habet. [Quas actiones aliàs decennalis, aliàs vicennalis, aliàs triennalis præscriptio excludit, hæ, si loco Religioso competant, quadraginta annis excluduntur, usucapione triennii, vel quadriennii præscriptione in suo robore durantibus, solâ Romanâ Ecclesiâ gaudente centum annorum spatio vel privilegio.] Hanc autem authenticam receptam esse ab Ecclesia, constat ex can. placuit. cā.16.q.3.in fine, ubi verba illius auth. recitantur. & can. ultimo iterum confirmatur his verbis. *Sed & venerandæ Romanæ Leges divinitùs per ora piorum Principum promulgatæ, rerum ejus præscriptionem non nisi per centum annos admittunt.*

271. Controversum est, utrum Romana Ecclesia, specialiter sic dicta, & Romano Pontifici subjecta, in hac præscriptione rerum mobilium pari jure cum inferioribus Ecclesiis censeatur, vel potiùs gaudeat etiam in his privilegio 100. annorum. Parem illius conditionem esse affirmant Molina, Laymā, Lugo, & alii Theologi: quę sentētia mihi specialiter probabilis est ob auctoritatē Card. de Lugo, qui Romæ eam scripsit, utiq; gnarus eorum quæ in Curia Romana obtinent. Contrariā tamen tenent Lessius ex Theol. ex Juristis Panormitanus, *in cap. cum dilecta de confirm. utili vel inut. v. Possessiones.* Felinus, Baldus, Salycetus, Marcus Ant. apud Gilkeniū *c.2.l.1.n.31.* (qui tamen magis inclinat in priorem) & denique Arnoldus Rath. habétque hæc sententia pro se duos textus ex decretalib. primus est in cap. *Ad audientiam* 13. *de præscript.* ibi ad finem. [Respicientes insuper, ipsum negotium tangere principaliter Romanam Ecclesiam, contra quam non nisi centenaria præscriptio currit, in solutione prædicti census, & aliorum petitorum condemnavimus partem adversam, &c.] Alter textus habetur c. *Cùm vobis.* eod. ibi. [Licèt tam legali, quàm canonicâ sit definitione statutum, ut contra Romanam Ecclesiam, quæ gaudet privilegio speciali, non nisi centum annorum præscriptio locum sibi valeat vindicare.] Cùm ergo hi textus adeo sint vniversales, & indistinctè loquentes, & nullo textu possit ostendi restrictio ad res immobiles, credo, insistendo Iuri scripto, veriorem esse sententiam posteriorem.

272. DICENDUM 2. Sine titulo res mobiles saltèm spatio 30. annorum præscribuntur, quæ est præscriptio *longissimi temporis*, ut jura vocant. Constabit assertio à fortiori ex dicendis de præscriptione rerum immobilium sine titulo.

§. IV.

De Præscriptione triennali Beneficiorum.

273. DE hac exstat Regula Cancellariæ 33. sic sonans. [Si quis quæcunque Ecclesiastica beneficia, qualiacunque sint, absque Simaniaco ingressu, ex Apostolica, vel ordinaria collatione, vel electione, & electionis hujusmodi confirmatione, seu præsentatione & institutione illorum, ad quos hujusmodi beneficiorum collatio, provisio, electio & præsentatio, seu quævis alia dispositio pertinet, per triennium pacificè possederit, dummodo in beneficiis, si dispositioni Apostolicæ ex aliqua reservatione generali in corpore Iuris clausa, reservata fuerint, se non intruserit, super eisdem beneficiis taliter possessis molestari nequeat, nec non impetrationes de beneficiis ipsis sic possessis factas irritas, & inanes censeri decrevit, antiquas lites super illis motas penitùs extinguentes.]

Hac itaque regulâ commutata est Præscriptio longi temporis in triennalem. De qua paulò accuratiùs agendum est cum Theologis, Azor, Sanchez, Lugo, Palao.

Vt igitur hac regulâ Beneficiatus juvetur, sequentes conditiones requiruntur. 1. Bona fides. 2. Possessio. 3. Vt sit pacifica. 4. Triennium. 5. Vt sit beneficium Ecclesiasticum quod possidetur. 6. Titulus coloratus. 7. Non sit Simoniaca. 8. Ne in beneficium reservatum Sedi Apostolicæ

stolicæ reservatione generali corpori Iuris insertâ se intruserit.

274. Prima conditio, nempe bona fides, expresse non ponitur in Regula. Vnde eam negat requiri Antonius Gomez, dicens Rotam Romanam in judicando semel iterúmque ità sensisse. Alii tamen communiùs eam requirunt. Videntur tamen posse conciliari, si dicamus, Gomezium solùm eam bonam fidem negare requiri, quæ non sit fundata in ignorantia juris, sed solùm in ignorantia facti. Nam Juristæ solent malam fidem vocare, non solùm, quæ consistit in mala conscientia & peccato, sed etiam quæ procedit ex ignorantia juris, ut sup. vidimus. Ea ergo bona fides requiritur, quæ excludit peccatum, ob quam causam Leges Civiles à Iure Canonico correctæ sunt. Ignorantia Iuris ideo non debet obstare, quia alioquin Regula rarò juvaret beneficiatos, cùm plerumque talis possessio proveniat ex ignorantia juris, quod beneficium ad alium de jure pertineret.

275. Circa secundam conditionem notat Gomez, quòd si possessio per alium accepta esset meo nomine, non tamen præcedente mandato, sed subsecutâ ratihabitione, possessionis triennium à ratihabitione computandum esset, non à possessionis puncto, quo alius eam accepit meo nomine. Quia ratihabitio non retrotrahitur in præjudicium tertii.

276. Circa tertiam conditionem dicendum, quòd ille desinat pacificè possidere, cui, vel cujus vicario citatio, vel appellatio etiam extrajudicialis est intimata. & probabiliùs etiam (quamvis hoc neget Sanchez) ille, cui licèt ab aliquibus non est mota lis, qui quidem eam movere potuissent, ab alio tamen est mota, talis enim ne quidem contra priores præscribet, quia Regula simpliciter requirit pacificam possessionem, qualis non est, quæ vel ab uno turbatur: & teste Lud. Gomez ità servat Rota in judicando.

277. Circa quartam conditionem observandum est, quòd possessio debeat esse continuata ab eadem persona, nec possit accessione temporis juvari possessione antecessoris, etiamsi in favorem facta esset renuntiatio, quia non possidet vi juris quod habuit antecessor (illud enim per renunciationem extinguitur) sed vi novæ collationis, aut Institutionis, sicut si antecessor mortuus esset.

278. Circa quintam conditionem notandum est, nomine Beneficii Ecclesiastici hîc non comprehendi Abbatias Abbatissarum, non enim hæ possident Beneficium propriè dictum Ecclesiasticum, cùm sint incapaces, ut contra Sanchez notavit Azor, & Lugo. Illud tamen non est improbabile, quòd Regula etiam ad Officia Ecclesiastica extendatur, quamvis expresse non ponatur in Regula, quia Regula videtur facta occasione decreti Concilii Basil. sess. 21. ubi dicitur: *Quicunque non violentus, sed habens coloratum titulum, pacificè & sine lite prælaturam, dignitatem, beneficium, vel officium triennio proximo, &c.* Sed in hoc attendendus est stylus Curiæ, sicut etiam in eo, utrum Regula procedat & juvet possessorem etiam contra legitimè impeditum, necne.

279. Circa sextam conditionem, quid per titulum coloratum intelligatur, superiùs expositum est. Hîc plùs non requiritur, quàm ut titulus habeatur ab eo, qui jure communi ordinariam potestatem habet conferendi, etiamsi hîc & nunc esset impeditus, v. g. excommunicatus denuntiatus, aut conferret beneficium lite pendente, vel contra inhibitionem executoris, &c. Secùs si forma non servaretur: alios defectus refert Sanchez *Consil. Mor. lib. 2. c. 1. dub. 31.* de quibus ego dubito, sed immorari non vacat, cùm sint de rarò contingentibus, v. g. non video quare non sit sufficienter titulus coloratus, si quis ab ordinario beneficium accepit ob alterius renuntiationem invalidam, quam putavit bonâ fide esse validam; quia tamen Rota dicitur aliter resolvisse, non resisto; quia fortassis talis collatio non erat absoluta sed conditionata, qualis esset, quæ fieret ex causa commutationis invalidæ.

280. Circa septimam conditionem docet Lessius, seductus à Gomez, sufficere, non quidem merè mentalem, sed tamen conventionalem Simoniam, esto necdum realem complетam. Verùm Lessius (inquit Lugo) non advertit, ipsum Gomezium in fine quæstionis. 12. hunc errorem correxisse. Quid si Simonia ab alio quàm à beneficiato commissa est? Communiter respondent; non obstare præscriptioni, quamvis de jure obstet validitati collationis, quia cùm verba regulæ videantur loqui de Simonia ab ipso beneficiato commissa, etsi possent etiam de alia intelligi, quia tamen versamur in odiosis, non est extendenda. Quid si à Simonia absolutus fueris, poterisne deinde præscribere? Minimè: quia adhuc verum manet, quòd ingressus fuerit Simoniacus.

281. Circa octavam conditionem sciendũ est, illũ dici intrusum 1. Qui sine authoritate ejus cujus est beneficiũ conferre, se in beneficiũ imittit. 2. Qui sine titulo se in beneficii administrationem infert. 3. Qui post electionẽ, ante confirmationem beneficium administrat. 4. Qui beneficium retinet, postquam per sententiam Iudicis ab eo est amotus, nisi ab ea sententia Iure provocaverit. 5. Qui cum excommunicatione, vel suspensione aut interdicto ab officio beneficium adeptus fuerit. 6. Qui per Judicis sententiam declaratus est violenter beneficium occupâsse, & sic titulum canonicum quem habebat, amisisse. *jux. cap. eum qui de præbend. in 6.* 7. Qui possessionem accepit beneficii à Pontifice concessi litteris non expeditis, sed solâ supplicatione signatâ,

tâ, seu solâ signaturâ acceptâ. quidquid in contrarium dixerit Rebuffus, qui, ut notavit Azor, locutus est juxta morem suæ Provinciæ, in qua nondum erant receptæ constitutiones juniores, quibus decernitur, ut tales pro intrusis habeâtur.

282. Porrò Beneficia, quæ intrusus præscribere non potest ex regula Cancellariæ, sunt omnia & sola illa, quæ *dispositioni Apostolicæ ex aliqua reservatione generali in corpore Juris clausâ reservata fuerint.* Vnde immeritò restringit Sanchez *dub.* 34. *n.* 3. ad illa sola beneficia, quæ vacant per obitum alicujus apud Sedem Apostolicam. nam licèt hæc soleant in signaturis specialiter denotari tanquam reservata *reservatione in corpore Iuris clausâ* in Regula Cancell. tamen latiùs extenditur, propter illam particulam: *ex aliqua*, cujus sensus est: *ex quacunque.* Sunt autem aliqua beneficia reservata quidem Sedi Apostolicæ, sed non reservatione in Corpore Iuris clausâ, ut, quæ reservantur per regulas Cancellariæ, aut per alias Bullas extra Ius commune vagantes, & hæc non excipiuntur in regula.

283. Restat Controversia, utrum hæc præscriptio reddat securum in conscientia possessorem. Ratio dubitandi est, quia ut patet ex ultimis verbis, regula videtur tantùm loqui de foro externo, in quo non possit molestari.

284. DICENDUM tamen est, reddere securum in conscientia, non solùm hoc sensu (quem aliqui subtiliùs quàm solidiùs excogitârunt) quòd acquirat quidem possessionem & exceptionem quâ se possit defendere bonâ conscientiâ, permanente tamen vero titulo penes alium ad quem beneficium spectabat, ità ut possessore mortuo posset sine nova collatione suum jus prosequi, & beneficii possessionem recuperare; sed etiam, quòd verè titulum præscribat, & jus prioris penitus extinguat, quæ est natura præscriptionis, & syncera intentio illius regulæ. Quando ergo generaliter dicitur, quòd beneficium Ecclesiasticum non possit licitè sine Institutione canonica obtineri *Reg.* 1. *de reg. Juris in* 6. est intelligendum, seclusâ præscriptione fundatâ in titulo colorato, quod erat notandum contra Molinam, generaliter asserentem, titulum ad beneficium non posse præscribi.

285. Objicit tamen Castro Palao *to.* 2. *disp.* 2. *p.* 33. *n.* 2. *& seqq.* si tribueretur possessori titulus, sequeretur, quòd hac regulâ posset defendi in possessione beneficii spurius, hæreticus, infamis, irregularis, excommunicatus, si beneficium adeptus pacificè tiennio possideret, posset enim in conscientia illud retinere: consequens est absurdum: non potest autem esse absurdum nisi ex hac causa, quia impedimentum canonicum obstans beneficii receptioni, eam annullando obstat hoc ipso continuationi & firmitati.

286. Confirmatur. quia si triennalis possessio titulum hunc concederet, & securum redderet possessorem in conscientia, non posset Episcopus ab ejusmodi possessore in visitatione titulum exigere & examini subjicere, hoc autem facere posse Episcopum docet post alios Covarruvias *in reg. possessor* 2. *p.* §. 10. *n.* 10. *concl.* 8.

Hoc argumentum rectè retorquet Card. Lugo, quia probaret, quòd nequidem in foro externo immunis esset à molestatione, sed deberet defendi in judicio infamis hæreticus, &c. hoc utique adversarius non concedet: ergo ipsimet argumentum solvendum est. Aliqui concedunt sequelam, quos refert Sanchez, & ex parte sequitur.

287. Respondet tamen Card. Lugo cum distinctione. Nam, vel impedimentum & nullitas collationis tenuit se ex parte ipsius personæ, quæ incapax erat propter aliquam circumstantiam beneficii recipiendi, vel tenuit se solùm ex parte collationis beneficii. Si primum, & impedimentum est perpetuum, vel certè adhuc durat transacto triennio, asserit Lugo, talem non juvari hac regulâ: unde irregularis, excommunicatus, spurius habens incapacitatem ex se, durante tali incapacitate non juvatur hac regulâ. idem dicendum putat de habente beneficia incompatibilia, cujus tamen contrarium tenet Gomez apud Azorium, putans talem posse per Regulam Cancellariæ defendi, sicut & Parochum qui intra annum non suscepit Sacerdotium. Vnde fortassis iterum aliqua distinctio adhibenda esset inter impedimenta tenentia se ex parte possidentis, ut nimirum illa obstarent, quæ non solent ab Ecclesia facilè dispensari, non item illa, in quibus videmus dispensari frequenter, & facilè.

288. Si verò impedimentum teneat se ex parte collationis vitiosæ ob aliquem defectum, tales omnino juvari possunt per regulam Cancellariæ, si non sint excepti in ipsa regula. Ratio hujus posterioris partis est, quia regula illa potissimùm facta videtur ad hujusmodi defectus supplendos.

Priorem autem distinctionis partem probat Card. de Lugo ex Regula generali Præscriptionum; nempe nulla præscriptio potest locum habere in illis qui de jure incapaces sunt dominii, ut Religiosus, & servus; cùm ergo possessio triennalis inducatur per regulam Cancellariæ ad imitationem communis præscriptionis, debet eodem modo intelligi circa subjectum aliàs habile acquirendi beneficium: qualis non est spurius, hæreticus, habens beneficium incompatibile. Sed de hoc ultimo ego mallem contrarium affirmare, quia impedimentum quod intervenit, non ità se tenet ex parte personæ, nec eam in se inhabilem reddit, sicut infamia, & hæresis, sed potiùs impedimentum exclusivum alterius beneficii inest priori beneficio, cum quo sæpè conjungitur beneficium aliud, nunquam autem

autem cum infamia conjungitur beneficium, sed semper infamia priùs debet auferri.

289. Ad Confirmationem argumenti facti à P. Castro Palao, respondet optimè idem Cardinalis, Episcopum jure suo posse exigere à Parocho titulum sui beneficii: imprimis ut appareat, an reverà possit allegare & probare titulum coloratum: deinde ut ex titulo constet, an potuerit bonâ fide possidere, & aliæ conditiones intervenerint, quæ requiruntur in Regula. Et hæc de hac præscriptione Beneficiorum.

§. VI.

De Præscriptione Quadriennii vel Quinquennii rerum fiscalium, & Fisci econtra.

290. DICENDUM 1. Res fiscales, seu mobiles seu immobiles vacantes & denuntiatas, contra Fiscum præscribi spacio quatuor annorum. Ità constituit Constantinus Imperator in *l. 1. C. de quadriennii præscriptione. Notum est à fisco quæstionem post quadriennium continuum super bonis vacantibus inchoandam non esse.* Deinde lege. 2. Zeno Imp. constituit ex adverso, ut Fiscus eodem temporis spatio præscriberet eas res, quas ut suas (licèt reverà alienas, vel communes, vel alteri obligatas) vendidit, vel ex alia causa alienatam tradidit, dominio statim translato, indeque emptore citra omne evictionis periculum securo reddito, ità ut dominus vel creditor intra quatuor annos non emptorem, sed Fiscum convenire debeat, elapso verò quadriennio ne Fiscum quidem convenire possit. Lex ità sonat. [Omnes qui quascunque res mobiles vel immobiles seu se moventes, vel in actionibus aut quocunque jure constitutas, à sacratissimo ærario comparaverint, eos quin etiam quibuscunque res mobiles seu immobiles seu se moventes, aut in actionibus vel quocunque jure constitutæ, munificentiæ principalis nomine datæ fuerint, omnibus pariter privilegiis, quæ ex divinis sanctionibus inclytæ recordationis Leonis & nostræ pietatis super certis patrimoniis ante emptores consecuti sunt, perpotiri sancimus, & ità cunctos hujusmodi beneficiis seu privilegiis perfrui, tanquam si super singulis substantiis seu patrimoniis etiam nunc vel postea data fuisset hujus dispositio: nec posse contra emptores prædictarum rerum factos jam vel futuros, vel contra eos quibus super hujusmodi rebus largitas nostra delata est vel fuerit, aliquas actiones in rem dominii vel hypothecæ gratiâ vel in persona civiles seu prætorias, vel ex legibus seu sacratissimis constitutionibus descendentes, vel quaslibet alias (licèt nominatim præsenti sanctione non sint comprehensæ) moveri datâ volentibus licentiâ intra quadriennium contra sacratissimum ærarium, si quas sibi competere actiones existimant, exercere: ità tamen ut post elapsum quadriennium, nec sacratissimum fiscum licere sibimet quibuslibet actionibus pulsare cognoscant.]

291. Hanc constitutionem in compendio tradit Iust. Imper. §. *fin. Inst.* ubi declarat, quid prioribus aliorum constitutionibus adjecerit. [Edicto D. Marci cavetur, eum qui à fisco rem alienam emit, si post venditionem quinquennium præterierit, posse dominum rei exceptione repellere. Constitutio autem divæ Memoriæ Zenonis (*quam retulimus*) benè prospexit iis, qui à fisco per venditionem aut donationem, vel alium titulum accipiunt aliquid, ut ipsi quidem securi statim fiant, & victores, existant, sive experiantur, sive conveniantur. adversus autem sacratissimum ærarium usque ad quadriennium liceat iis intendere, qui pro dominio vel hypotheca earum rerum quæ alienatæ sunt, putaverint sibi quasdam competere actiones. Nostra autem divina constitutio, quam nuper promulgavimus (*& habetur l. 3. C. eod.*) etiam de iis, qui à nostra, vel venerabilis Augustæ domo aliquid acceperint, hæc statuit, quæ in fiscalibus alienationibus præfatâ Zenonianâ constitutione continentur.] Ratio hujus favoris fisco constituendi erat, ut fiscus faciliùs inveniret emptores.

292. QUÆRES. Quænam dicantur bona vacantia, & fisco denuntiata, sed nondum incorporata de quibus loquitur conclusio posita. ℞. Esse illa bona quæ fisco debentur ex morte alicujus sine legitimis hæredibus defuncti: nam illis deficientibus fiscum succedere dicemus capite sequente.

Nota. 1. Conclusionem procedere de fisco sæculari. nam quod fiscum Ecclesiæ attinet, bona etiam necdum incorporata, adversus inferioris Ecclesiæ fiscum non præscribuntur nisi spatio 40. annorum, Romanæ Ecclesiæ verò 100. ann. ut docet Panormitanus, sed in dubium vocat Molina *d. 73. n. 9.* Stylus Curiæ attendendus est.

Nota. 2. Quando illa bona non sunt denuntiata fisco, & ab alio cum titulo bonâ fide possidentur, præscribuntur eo tempore quo alia bona privatorum. *L. 18. ff. de Vsucap.* [Quamvis adversus fiscum usucapio non procedat, tamen ex bonis vacantibus, nondum tamen nunciatis, emptor prædii ex ijsdem bonis exstiterit, rectè diutinâ possessione capiet, idque constitutum est.]

293. Nota. 3. Conclusionem intelligendam esse de proprietate, vel hypotheca rerum singularium emptarum à fisco, quòd nimirum Dominus, aut creditor non possit emptorem convenire, sed fiscum. Aliter res se habet in emptore hæreditatis. *l. 41. ff. de jure fisci. Eum qui bona vacantia à fisco comparavit, debere actionem,*

nem, quæ contra defunctum competebat excipere. Itaque qui à fisco hæreditatem emeret, esset pejoris conditionis, quàm alius emptor hæreditatis, nam hæres vendens hæreditatem, tenetur post venditionem creditoribus hæreditariis, legatariis & fideicommissariis respondere, quia vendendo hæreditatem, non desinit esse hæres. *l. 2. C. de hæredit. vel actione vendita.* [Ratio juris postulat, ut creditoribus hæreditariis & legatariis, seu fideicommissariis te convenire volentibus tu respondeas, & cum eo cui hæreditatem venumdedisti tu experieris suo ordine. Nam ut satis tibi detur, serò desideras, quo venundabatur hæreditas hoc non est comprehensum. Quamvis enim eâ lege emerit, ut creditoribus hæreditariis satisfaciat, excipere tamen actiones hæreditarias invitus cogi non potest.] Econtra emens hæreditatem à fisco, debet actiones hæreditarias excipere, illisque respondere. *d. l. 41. & l. 1. C. eod. Æs alienum, hæreditate nomine fisci vendita ad onus emptoris bonorum pertinere, nec fiscum creditoribus hæreditariis respondere certum & absolutum est.* Circa ipsum tamen Ius hæreditatis emptor hæreditatis petitione inquietari non potest, sicut nec circa res singulares in hæreditate existentes, quas fiscus in vendita hæreditate nominatim existere affirmavit, in his enim fiscus obstrictus manet rerum Dominis, & rei vindicatione, ac hæreditatis petitione conveniendus est. *lege. 3. C. quadriennii præscript.* per quam legem plerique Legistæ putant correctum esse jus antiquum *legis 13. §. 9. ff. de hæred. pet.* ubi dicitur dari utilem actionem adversus emptorem; quia illa lex 3. Codicis est una ex 50. Justiniani Constitutionibus post Pandectarum & novi Codicis compositionem emendato Codici ad veteris Iuris emendationem insertis. Ità post alios sentit etiam Arnoldus Rath. *c. 5. th. 20.*

294. DICENDUM 2. Quinquennalis præscriptio procedit contra actionem fisco competentem ob non solutum vectigal. *l. 2. C. de vectigalib. & commissis.* [Neque commissum, quod ante quinquennium factum dicitur, si lite res anticipata non est, vindicari potest, neque pro re quæ in commissi causam cecidit, si ipsa non existat, nec dolo supprimatur, pretium peti potest.]

Olim quidem etiam Exceptio non numeratæ pecuniæ non nisi quinquennio præscribebatur, sed postea ad biennium reducta est. *Inst. de litter. obligat.* ibi. [Sed ne creditores diutiùs possint suis pecuniis forsan defraudari, per constitutionem nostram tempus coarctatum est, ut ultra biennii metas hujusmodi exceptio minimè extendatur.] Constitutio autem exstat in tit. Cod. *de non numerata pecunia.*

§. V.

De Præscriptione longi Temporis.

295. DICENDUM 1. Res immobiles privatorum cum titulo præscribuntur inter præsentes (modo superiùs explicato) decē annis; inter absentes viginti annis, sive deinde res ipsæ sint in diversis, sive in eodem territorio. *Pr. Inst. h. t.* ibi. *Immobiles verò per longi temporis possessionem (id est inter præsentes decennio, inter absentes viginti annis) usucapiantur. & tot. tit. præsertim L. ult. C. de præscript. longi temporis.* Jure Bavarico si res ex contractu emptionis possideantur, præscribuntur quinquennio inter præsentes, & decennio inter absentes.

296. DICENDUM 2. Si is contra quem præscribitur, partim absens, partim præsens fuerit, tot anni adjiciendi sunt decem annis, quot annis absens fuit. *Auth. quodsi quis. C. de præscript. longi temp.* [Quod si quis quibusdam præsens sit, quibusdam absens, adjiciuntur ei super decennium tot anni, quot annis ex decennio fuit absens.]

297. DICENDUM 3. A prædictis regulis excipiuntur res tam mobiles, quàm immobiles Minorum, quæ etiam cum titulo non præscribuntur nisi spatio triginta annorum *L. fin. C. in quibus causis restit. in integr. non est necessaria.* [Sed humanius est, latiùs eandem legis interpretationem extendere in omnibus casibus, in quibus vetera jura currere quidem temporales præscriptiones adversus minores concesserunt, per in integrum autem restitutionem eis subveniebant: eas ipso jure non currere. Melius etenim est intacta eorum jura servari, quàm post causam vulneratam remedium quærere, videlicet exceptionibus 30. vel 40. annorum in suo statu remanentibus.] Jure Bavarico tamen videtur adhuc opus esse beneficio restitutionis in integrum, prout fuit antiquo Iure communi. *L. c.*

298. Circa hanc præscriptionem notat Ant. Perez post glossam, quòd, si præscriptio fuit inchoata contra auctorem, à quo res ad pupillum pervenit, præscriptio, durante pupillari ætate dormiat (quia contra pupillum nulla currit præscriptio) & cesset, & post eam rursus currere incipiat, & continuetur.

Hoc observato facilè obviatur subtili Replicæ quam hîc facit Lugo n. 72. ubi quærit, quomodo possit exigi spatium 30. annorum ad præscribendum contra minorem? nam, inquit, quamdiu est impubes pupillus, non currit præscriptio contra illum: post pupertatem verò non restant nisi 19. (est error, nam solùm restant undecim) anni usque ad majorem ætatem, adde, si 19. (iterum idem error) annis duravit possessio, quibus ille minor erat, postea cùm ampliùs non sit minor, sufficient tres, vel quatuor (est iterum error, quia sex, vel propè septem adhuc requi-

requirentur) anni pro altera dimidia parte quæ deerat, atque adeo ad summum 23. (imò tantùm 17. aut 18.) annis finietur semper præscriptio, nec unquam exigentur 30. anni. Ad hoc respondet Lugo, posse hoc privilegium locum habere, si res devolvatur ab uno minore ad alium. Verùm non est credibile, quòd propter casum tam rarum illud privilegium sit constitutum. Faciliùs ergo responderi potest, procedere privilegium in casu, quo res contra auctorem præsertim absentem jam fuit aliquot annis possessa.

Deinde dici potest, non esse necesse ad salvandum hoc privilegium, & ejus utilitatem percipiendam, ut possessio duret 30. annis materialiter, sufficit si duret formaliter. v.g. si possedisti per decem annos res minoris, quæ est tertia pars 30. annorum, computabuntur isti 10. anni pro tertia parte decem annorum, perinde acsi possedisses tribus annis & 4. mensibus. Vnde superaddere debebis sex annos, & octo menses; conformiter illi calculo qui fiet infrà num. 302.

§. VI.

De Præscriptione longissimi Temporis 30. 40. 100. annorum.

299. DICENDUM 1. Quando decennalis præscriptio hactenus asserta locum non habet, sive ob defectum tituli, sive ob rei vitium (de quo controv. seq.) succedit præscriptio longissimi temporis, hoc est, triginta annorum. *L. 3. C. de præscript.* 30. *vel* 40. *annor.* [Sicut in rem speciales, ità de universitate, ac personales actiones ultra 30. annorum spatium minimè protendantur: sed si qua res, vel jus aliquod postuletur, vel persona qualicunque actione vel persecutione pulsetur, nihilominus erit agenti triginta annorum præscriptio metuenda.] Idem confirmatur *cap. 3. de præscript.* [Sanctorum Patrum Sanctiones statuentes confirmaverunt, & nos irrefragabiliter confirmamus, ut omnes possessiones ad singulas Provincias nostrorũ Fratrum pertinentes, à quibus per 30. annos possessæ sunt, quietè & syncerè, absque synodali proclamatione perpetuò teneantur.]

DICENDUM 2. Bona immobilia contra Ecclesiam Romanam non nisi spatio 100. annorum præscribuntur. *C. ad audientiam, &c.* seq. de præscript. quorum verba jam suprà adduxi, contra Ecclesias inferiores & loca pia (nisi specialiter privilegiata sint) spatio 40. annorum *C. de quarta. eod.* [De quarta decimæ & oblationis defunctorum, Clericus ab impetitione Episcopi quadragenariâ præscriptione temporis se posse tueri videtur, nisi fortè interim pastoralis Sedes caruisset pastore, qui jura Ecclesiæ suæ exigere potuisset. Nam Romana Ecclesia tricennalem (*ità legendum, & non: triennalem, ut habent aliqua exemplaria*) præscriptionem contra Ecclesiam non admittit.] Idem habetur clariùs *Nov. III. c. 1.* ibi. [Jubemus in negotiis quæ antehac 30. annorum removebat exceptio, nunc venerabilibus Ecclesiis, Monasteriis, & Xenodochiis, necnon Orphanotrophiis, & Brephotrophiis, & Prochotrophiis quadraginta annorum protelatio conferatur.

300. Dixi: nisi specialiter sint privilegiata, ut sunt Monasteria Ordinis S. Benedicti, & S. Salvatoris, requirentia. 60. annorum spatium. in Germania Monasteria Ordinis Cisterciensis S. Bernardi, non nisi spatio 100. ann. Quod ultimum Ordinibus Mendicantibus à Leone X. & Pio IV. concessum est, ratione immediatæ subjectionis Sanctæ Romanæ Ecclesiæ & Sedi Apostolicæ, sub cujus protectione suscepti sunt, de quibus videri potest Joan. Bapt. Confettius, citatus ab Arnoldo Rath *c. 5. th. 35.* quem auctorem non vidi.

301. A regula centenariæ præscriptionis contra Romanam Ecclesiam, unus casus excipitur in *cap. fin. de Præscript. in 6.* ubi statuitur, etiam contra Romanam Ecclesiam præscriptionẽ quadragenariæ locum esse, *Si Bona Hæreticorum, qui dum viverent, Catholici putabantur, à Catholicis eorum filiis vel nepotibus, aut extraneis quibuscunque spatio quadraginta annorum fuerint bonâ fide possessa.*

302. Ex dictis rectè inferunt DD. quòd si bona possessa, dum pertinerent ad aliquem privatum v.g. per quinque annos, si deinde perveniant ad Ecclesiam inferiorem gaudentem privilegio præscriptionis 40. annorum, non sit necesse, continuari possessionem adhuc 35. annis, sed sit sufficiens continuatio per viginti adhuc annos. nam quinque priores anni jam erant dimidiata præscriptio; ergo æquivalent 20. annis quæ est media pars 40. annorum, quibus si addantur 20. evadent quadraginta.

303. DICENDUM 3. Civitates etiam gaudent privilegio centenariæ Præscriptionis, sicut Ecclesia Romana. *l. 23. v. sive itaque memoratis religiosissimis locis. C. de SS. Eccles.* sed non nisi in casibus sequentibus. [Sive itaque memoratis religiosissimis locis vel civitatibus hæreditas, sive legatum vel fideicommissum fuerit relictum, sive donatio vel venditio processerit, in quibuscunque rebus mobilibus vel immobilibus, vel se moventibus, sive pro redemptione captivorum quædam fuerint relicta, vel donata, sit eorum penè perpetua vindicatio, & ad annos centum extendatur, nullâ aliâ exceptione temporis inhibendâ, sive contra primas personas, sive contra hæredes vel successores eorum moveatur.] Observant tamen DD. hunc textum tantùm loqui de rebus donatis, venditis, relictis, &c. sed nondum traditis: unde inferunt, quòd si traditæ essent, & ad alium possessorem pervenirent, possent spatio 30. vel 40. annorum præscribi. Et quia centenariæ præscriptionis privi-

privilegium non nisi in tribus casibus, & quidem cum limitatione allata conceditur civitatibus, non satis legitimè infert Molina & Lessius, idem privilegium convenire bonis illis, quæ coronæ vel Principatui alicui incorporata sunt, ut notavit post alios Arn. Rath. th. 42. rectè concludens, bona Principum, quæ Princeps non habet jure Principatûs, sed jure privatorum, ut pascua, saltus ferarum, viridaria, & prædia tam rustica quàm urbana, præscribi posse contra Principes spatio 40. annorum, de quo tamen nullus clarus textus exstat, unde graves DD. inter quos Covarr. putant, præscribi hæc bona contra Principes, sicut contra quemcunque alium privatum.

304. QUÆRITUR, an ad Præscriptiones hactenus hoc §. enumeratas requiratur Titulus. Respondet Molina d. 72. regulariter non requiri. postmodum verò disp. 76. docet, ad centenariam prout distinguitur ab immemoriali, titulum requiri; sed nullo jure vel ratione probat. Vnde cum Castro Palao §. 15. *n.* 1. videtur consequentiùs dicendum, ad omnes titulum requiri. per hoc fit privilegium maximè æstimabile.

§. VII.

De Præscriptione Servitutum.

305. DICENDUM 1. Omnes servitutes, sive certam & continuam possessionem habeant, sive non habeant longo tempore, decem annis inter præsentes, viginti inter absentes bonâ fide acquiruntur cum titulo quem quis habet à non Domino, qui tamen quasi Dominus constituit servitutem. Neq; est necesse, ut verus Dominus sciverit, servitutem ab alio constitutam esse, & præscribentem eâ uti. *L. fin. C. de Præscript. longi. temp.* [Nemo post hac dubitet, neq; inter præsentes neque inter absentes quid statuendum sit, ut bono initio possessionem tenentis & utriusque partis domicilio requisito sit expedita quæstio pro rebus ubicunque positis, nullâ scientiâ vel ignorantiâ exspectandâ, &c. Eadem observando, si res non soli sint, sed incorporales, quæ in jure consistunt, veluti ususfructus & cæteræ servitutes.] Quam legem malè quidam cum glossa volunt accipiendam de amissione servitutis, seu de præscribenda libertate contra servitutem: ad hoc enim non requiritur bona fides ab initio possessionis, ut superiùs declaratum est.

306. DICENDUM 2. Servitutes, quæ certum & continuum usum habent longo tempore, præscribuntur etiam sine titulo, ex communi Iuristarum. *Leg.* 10. *ff. Si servitus vindicetur.* [Si quis diuturno usu & longâ quasi possessione Ius aquæ ducendæ nactus sit, non est necesse ei docere de Iure quo aqua constituta est, velut ex legato vel alio modo, sed utilem habet actionem, ut ostendat per annos ferè tot usum se non vi, non clàm, non precariò possedisse.]

307. QUÆRES, quæ ratio potuerit esse, non requirendi tituli probationem in acquirendis servitutibus, sicut in acquirendis rebus corporalibus immobilibus per longum tempus. ℞. Quia servitutes, de quibus est conclusio, censentur esse modici præjudicii, quia per eas dominium non aufertur, & ideo etiam faciliùs præsumitur intervenisse aliquis titulus, vel invincibilis error, quo quis putavit sibi servitutem deberi, eò quòd sæpè sæpiùs hujusmodi servitutes sint valde necessariæ prædiis vicinis. Vnde Vlpianus. *l.* 1. §. *sed etsi de aqua quot. & æst.* dixit. [Sed etsi jure aqua non debetur alicui, si tamen jure ducere se putavit, cùm non in jure sed in facto erraverit, dicendum est, eóque jure utimur, ut interdicto uti possit: sufficit enim, si jure suo ducere putavit, nec vi, nec clàm, nec precariò duxit.]

Quod dictum est ad has præscriptiones non requiri scientiam illius contra quem præscribitur, quamvis textus à nobis allatus satis clarè id dicat, nihilominus

308. Objiciunt DD. (qui majori calculo scientiam requirunt) 1. legem 2. *C. de servit. & aq. Si aquam per possessionem Martialis eo sciente duxisti.* ℞. 1. Imperatorem hîc facere mentionem scientiæ, non quòd ea necessaria fuerit, sed quia in facti specie ità propositum fuerat. Respondent alii 2. Scientiam fuisse adductam in eum finem, ut Imperatori constaret, non fuisse aquam clàm ductam, & animo celandi.

309. Objiciunt 2. *Legem.* 16. *ff. si servitus vindicetur.* [Si à te emero, ut mihi liceat ex ædibus meis in ædes tuas stillicidium immittere, & postea te sciente ex causa emptionis immissum habeam, quæro an ex hac causa actione quadam, vel exceptione tuendus sim. Respondi utroque auxilio me usurum.] Eccè! quòd scientia domini requiratur. ℞. Casum esse longè diversum, nempe quando servitus ex causa emptionis debetur: certum enim est, quòd si servitus ex contractu debeatur, propriâ authoritate, sine voluntate ejus qui servitutem debet, servitute uti non possim, nisi ab illo possessionem accipiam, sicut & aliarum rerum emptarum si quis propriâ auctoritate sine consensu venditoris possessionem caperet, non pro emptore possideret, sed prædo esset. *l.* 5. *ff. de acq. poss.* sed hoc nihil ad præscriptionem facit.

310. Objiciunt 3. Patientia præsupponit scientiam; sed requiritur in Domino patientia. Ergo & scientia. Minor probatur ex *lege* 6. §. *ff. eod. Sed &, si patiente eo ædificavero, ego possessor ero effectus.* ℞. Cum Longovallio, patientiam quæ loco traditionis habetur in servitutibus, non necessariò habere comitem scientiam,

entiam, sed hoc valere, ut pati dicatur, qui non impedit, aut contradicit: quia plus non requiritur ad præscribendas servitutes, quàm ut non vi, aut clàm, aut precariò possideantur: hoc autem fieri potest altero ignorante, ut patet: ergo sufficit patientia negativa.

311. DICENDUM 3. Servitutes discontinuæ, ut iter, actus, via, sine titulo non præscribuntur, nisi tempore immemoriali. Hæc sententia tenenda est ob communem DD. auctoritatem, (quidquid sit, an juris apicibus inspectis defendi posset, perinde ut continuas longo tempore præscribi, ut putat Ferd. VVaizenegger cum aliis, qui quæstionem hanc Scholasticè discutiunt) quâ ità invaluit, ut eam Summa Tribunalia passim in judicando sequantur, & Covarruvias testetur eam in foro receptam esse. Mynsinger etiam cent. 4. obs. 53. asserit, assessores Cameræ Spirensis eandem secutos esse. & de Iure Bavarico ità statutum est. *L. R. t. 26. a. 4.* Porrò hanc sententiam solâ auctoritate, non item Iuribus efficaciter probari constabit, si probationibus, quæ fieri solent, solutionem commodam adhibebimus. Itaque

312. Probari solet 1. *ex lege 3. §. ductus aquæ ff. de aq. quot. & æst. Ductus aquæ, cujus origo memoriam excessit, jure constituti loco habetur.* Vnde per argumentum à sensu contrario concludi videtur, quando memoriam hominum non excedit, jure constituti non habetur. Verùm, argumentum hoc non procedit in præsenti quæstione. non enim illi locus est, nisi quando contrarium non est aliis legibus constitutum: atqui ex suprà dictis constat, etiam discontinuas servitutes saltèm cum titulo præscribi longo tempore: ergo licèt verum sit hoc antecedens. *tempore immemoriali possessæ habentur pro constitutis.* Non valet tamen hæc consequentia. Ergo sine tanto tempore non habentur pro constitutis.

Probari solet 2. Ex lege 1. §. *fin. ff. de aqua & aq. plu. arcenda.* ibi. *Si tamen lex agri non inveniatur vetustatem vicem legis tenere.* Quid autem sit *vetustas* explicatur in *l. 2. pr. §. 1. &* & nempe tempus cujus memoria non extat. Profectò hæc probatio non solùm recipit eandem solutionem, quam dedimus priori, sed insuper textus ipse videtur Conclusioni manifestè contrarius esse, statim enim sequuntur hæc verba. [Sanè enim & in servitutibus hoc idem sequimur, ut ubi servitus non inveniatur imposita, qui NB. diu usus est servitute, neque vi, neque precariò. neque clàm, habuisse longâ consuetudine, vel ex jure impositam servitutem videatur. Non ergo cogemus vicinum aggeres munire, sed nos in ejus agro muniemus, eritque ista quasi servitus (*& quidem discontinua*) in quam rem utilem actionem habemus; vel interdictum.]

313. Probari solet 3. & præcipuè ex lege 14. *ff. de servitutib.* ubi negatur, servitutes discontinuas ullo modo usucapi posse, his verbis. [Servitutes rusticorum prædiorum corporibus accedunt, incorporales tamen sunt, & ideo usu non capiuntur, vel ideo, quia tales sunt servitutes, ut non habeant certam, continuámque possessionem.] Verùm nemo non videt, hoc argumento & textu probari, quòd ne quidem tempore immemoriali præscriptio absolvatur, si verum est, quòd toties interrumpatur præscriptio, quoties cessat usus. Respondetur ergo, servitutes has usucapi non posse Iure Pandectarum, si de usucapione propriè dicta anni, vel biennii, ut olim in usu fuit, loquamur. Usucapio namq; est acquisitio dominii per continuationem veræ possessionis, qualis cùm in servitutibus non sit, sed tantùm possessio impropriè dicta, propriè non usucapiuntur: cum hoc tamen stat, quod usu longi temporis, etsi non sit usucapio, acquiri possint, nam hoc, saltèm accedente titulo, conceditur ab omnibus: leges autem titulum non requirunt magìs in discontinuis, quàm continuis. Porrò licèt hæ servitutes non habeant usum continuum, habent tamen causam perpetuam: ergo ut dicantur quasi possideri, sufficit habere animum eis utendi cùm libuerit, sive per se, sive per alium, & ab hoc animo nunquam per alterius resistentiam fuisse dejectum.

314. Objicit ultimò Ant. Gomez. Dominus servitutis, seu prædii dominantis, habet suam quasi possessionem mediante usu & exercitio: ergo etiam præscriptio regulari debet ab actu, & exercitio discontinuo: ut enim nostra possessio, quæ fundatur in naturali insistentia coloni nostri, ab hoc ità dependet, ut expulso colono possessionem etiam ignari amittamus, licèt eandem retineamus, si alius possidendi animo fundum nobis ignorantibus ingressus est, si animo solò possideamus non corpore alienò, ità de servitutibus discontinuis propter actuum interpolationem dicendum videtur, nimirum in his aliud præscriptionis tempus requirendum esse, & ultra hominum memoriam extendendum. Ad hoc argumentum iterum respondetur, eo nimium probari, nempe, quòd neque cùm titulò possent longi temporis spatio præscribi. Sicut ergo ad hanc sufficit causæ perpetuitas, animus utendi nunquam depositus, cùm lubuerit, ità etiam sine titulo sufficere poterit. Fateamur ergo, non tam Iure scripto, quàm non scripto firmandam esse sententiam requirentem tempus immemoriale, ad præscribendas servitutes discontinuas.

315. DICENDUM 4. Ususfructus, & usus tantò tempore acquiruntur, quantò res immobiles usucapiuntur, decennio inter præsentes, vicennio inter absentes, si titulus accedat saltèm existimatus, ut suprà de corporalibus immobilibus dictum. Sine titulo, tam mobilium, quàm

quàm immobilium ususfructus spatio 30. annorum acquiritur. Vtrum autem ususfructus rerum mobilium cum titulo acquiratur triennio, sicut ipsæ res mobiles triennio usucapiuntur, non est in Iure satis expressum, & licèt Panormitanus, & alii post eum id negent, velintque esse rebus immobilibus comparandum, probabilis tamen mihi videtur opinio Donelli affirmantis. Conclusio probatur ex lege fin. *C. de Præscript. longi temp.* jam sup. relata. in fin. [Eodem observando etsi res non soli sint, sed incorporales, quæ in jure consistunt, veluti ususfructus, & cæteræ servitutes.] & hic textus probat 1. Membrum conclusionis. Secundum verò probat lex pen. §. 1. *de ususfructu.* ibi. [Nisi talis exceptio usufructuario opponatur, quæ etiamsi dominium vindicaret, posset eum præsentem, vel absentem excludere.] Et sanè, cùm ususfructus maximi momenti sit, & instar dominii, non erat conveniens, ut sine titulo præscriberetur tempore ordinario, quidquid sit de quæstione paulò antè tractata, an aliæ servitutes ità acquirantur: neque Bocerus, qui contrarium tenet, affert textum nisi qui pro solis realibus servitutibus facit. Illud econtra mirabilius est, quod docet Dynus in *C. possessor. n.33. de R. I. in 6.* & Sotomayor *de usufr. c. 68. n. 9.* sine titulo usumfructum non nisi tempore immemoriali præscribi. Perinde est ac si dixissent, nunquam præscribi, quia nullius hominis vita adæquat tempus immemoriale, ususfructus autem cum vita desinit.

316. Et hæc de servitutibus præscribendis. Vnde facilè intelligitur, quanto tempore opus sit ad præscribendam libertatem à servitute, nempe tanto tempore, quanto ad præscribendas servitutes opus esse diximus, nisi quòd non eodem modo bona fides & titulus requiratur, ut patet ex suprà dictis, quando egimus de ijs quæ tantùm impropriè præscribuntur. Denique non est omnino prætereundum quod habetur in *Lege 7. ff. quemadm. servitutes amitt.* quoad amissionem servitutum earum, quarum usus est alternativus. [Si sic constituta sit aqua, ut vel æstate ducatur tantùm, vel uno mense, quæritur, quemadmodum non utendo amittatur, quia non est continuum tempus; quo cum uti non potest, non sit usus: itaque & si alternis annis, vel mensibus, quis aquam habeat, duplicato constituto tempore amittitur. Idem & de itinere custoditur: si verò alternis diebus, aut die toto, aut tantùm nocte, statuto legibus tempore amittitur, quia una servitus est. Nam si & alternis horis, vel unâ horâ servitutem quotidie habeat, Servius scribit perdere eum non utendo servitutem, quia id quod habet, quotidianum sit.]

§. VIII.

De Præscriptione Actionum, & Obligationum.

SUprà jam diximus debita rerum mobilium computari inter mobilia, & debita rerum immobilium inter immobilia, nunc de eorum præscriptione agendum est.

317. DICENDUM ergo 1. Debita rerum mobilium æquè ac immobilium præscribuntur cum bona fide contra creditores spatio 30. annorum. *L. 3. C. de præscript. 30. ann.* jam sup. relatâ. & *L. 1. §. ad hæc C. de annali except.* speciales quædam actiones enarrantur, quæ poterant in dubium vocari. [Nemo itaque audeat, neque actiones familiæ herciscundæ, neque communi dividundo, neque finium regundorum, neque pro socio, neque furti, neque vi bonorum raptorum, neque alterius cujuscunque personalis actionis vitam longiorem esse triginta annis interpretari.]

318. DICENDUM 2. Ab hac regula aliquatenus excipi actionem hypothecariam. Si enim res hypothecata possideatur ab ipso debitore, vel hæredibus ejus bonâ fide, quasi non esset hypothecata, non potest creditoris actionem excludere nisi possessione 40. annorum. Si verò possideatur ab alio tertio, qui nec debitor, nec creditor est, nec hæres alterutrius, quia fortè fuit vendita ignoranti hypothecam, præscribitur, & extinguitur actio hypothecaria decennio inter præsentes, & vicennio inter absentes. Circa quam præ oculis habenda sunt, quæ continentur in lege 7. *C. de præscript. 30. ann.* quæ est famosa lex incipiens. *Cùm notissimi.* Itaque §. 1. sic habetur. [Quamobrem jubemus hypothecariam persecutionem, quæ rerum movetur gratiâ, vel apud debitores consistentium, vel apud debitorum hæredes, non ultra quadraginta annos ex quo competere cœpit, prorogari, nisi conventio aut ætas (*sicut dictum est*) intercesserit: ut diversitas utriusque rerum persecutionis, quæ in debitorem, aut hæredes ejus, quæque movetur in extraneos, in solo sit annorum numero.] Et in §. 2. iterum resolvitur speciale quid quoad anteriorem creditorem. [Sancimus, donec communis debitor vivit, non posse creditori anteriori triginta annorum exceptionem opponi, sed locum esse quadraginta annorum præscriptioni, quæ dum ille vivit, meritò anterior creditor confidit, utpote apud debitorem ejus possessione per posteriorem creditorem constitutâ. Ex quo autem in fata sua debitor decesserit, ex eo quasi suo nomine possidentem posteriorem creditorem meritò posse triginta annorum opponere præscriptionem, & secundùm hanc distinctionem computationem temporum adhibendam, ut ex persona quidem sua posterior creditor triginta annos, per quos ipse post mortem possedit, opponat.

ponat. Sin autem conjungere voluerit suæ possessioni, quam post mortem debitoris habuit, etiam tempus quo vivente debitore, vel ipse creditor, vel communis debitor detinuit, tunc quadraginta annorum exceptionis jura tractari, & quantum deest ad quadraginta annorum possessionem, per quam & ipse debitor creditorem repellere poterat, hoc se possedisse ostendat. Eodem Iure pro temporum computatione observando, etsi posterior creditor anteriori creditori offerre debitum paratus est, & is creditor longævam possessionis præscriptionem ei opponere conatur.]

§. IX.

De Præscriptione Temporis Immemorialis.

319. DE hac præscriptione (quam non pauci, sed malè, confundunt cum centenaria, quasi verò non possit haberi memoria centum annorum) sequentia breviter annotare libet ex Mynsingero *Cent.* 1. *Observ.* 30. Siquis fundet intentionem suam ex temporis cursu, cujus initii memoria non exstat in contrarium, tum hoc sufficit: quia tali tempore probato censetur etiam probatum esse dominium (quod tamen limitandum est, nisi ex instrumentis, vel alio modo de mala fide constaret) & habet tale tempus vim privilegii, & concessionis etiam in his quæ sunt Principi reservata. Imò non est necessaria tituli allegatio in hoc tempore, nec etiam requiritur in præscriptione tanti temporis scientia ejus contra quem præscribitur; & probatâ præscriptione tanti temporis non admittitur probatio in contrarium.

Quomodo autem probanda sit temporis immemorialis præscriptio, determinat glossa in *cap.* 1. *de præscript. in* 6. *v. memoria.* ex communi DD. requiruntur sequentia. 1. Quòd testes sint ad minimùm annorum quinquaginta quatuor, & de quadraginta annis testificentur. 2. Quòd testes necessariò dicant, communem opinionem esse, quòd de contrario usu non existat memoria. 3. Quòd testes ità semper viderint, & audiverint à suis majoribus. 4. Quòd nunquam fuerit observatum contrarium.

§. X.

De Præscriptione Delictorum.

320. DICENDUM 1. Omnis accusatio criminalis tollitur & præscribitur spatio viginti annorum. *l.* 12. *ad leg. Cornel. de falsis. Querela falsi temporalibus præscriptionibus non excluditur, nisi viginti annorum exceptione, sicuti cætera quoque ferè crimina.*

321. Extendunt DD. Conclusionem. 1. Etiam ad Inquisitionem, ut etiam contra eam possit opponi exceptio viginti annorum, alioquin per indirectum concederetur, quod directè per accusationem fieri non posset. *Card. Tuschus Conc.* 569. *litt. P. n.* 13.

322. Extendunt 2. Vt adversus hanc præscriptionem non detur Minoribus restitutio in integrum, imò nec Fisco. Farinacius. *q.* 18. *n.* 1.

Extendunt 3. Ad delictum etiam notorium, imò & confessatum, ut tradit idem Farinacius. Addunt alii, hoc etiam procedere in confessione tacita, quæ fit per contumaciam, modò constet, quòd delictum jam sit præscriptum.

323. Tempus hujus exceptionis incipit currere à die commissi criminis, & non primùm à die notitiæ, ut habet communior sententia: (quamvis hoc posterius etiam non pauci, nec ignobiles teneant,) quia regulariter præscriptiones etiam ignorantibus currunt.

324. DICENDUM 2. Actio vel accusatio adulterii, stupri, incestûs, lenocinii & aliorum criminum quorundam, tollitur quinquennio, de Iure communi, (*secùs de Iure Bavarico, ut infrà*) *l.* 29. *§.* 6. *ff. ad leg. Jul. de adult.* [Hoc quinquennium observari legislator voluit, si reo, vel reæ stuprum, adulterium, vel lenocinium objiciatur. Quid ergo si aliud crimen sit quod objiciatur, quod ex lege Iulia descendit: ut sunt, qui domum suam stupri causâ præbuerunt, & melius est dicere, omnibus admissis ex lege Iulia venientibus quinquennium esse præstitutum.] Hoc tamen intelligendum est de adulterio præcisè; nam si incestus concurreret requirerentur 20. anni, secundùm *L. Querelam.* Quodsi violentia intervenerit, nullo tempore præscribitur. *d. l.* 29. *§. fin.* [Eum autem, qui per vim stuprum intulit, vel mari, vel fæminæ, sine præfinitione hujus temporis accusari posse dubium non est, cùm eum publicam vim committere nulla dubitatio est.] Hæc porrò præscriptio solùm procedit quoad pœnas legales, non quoad spiritales, unde semper poterit peti separatio & divortium.

325. DICENDUM 3. Accusatio Apostasiæ, perpetuò durat. *L. Apostatarum. C. de Apostatis. Apostatarum Sacrilegum nomen singulorum vox continuâ accusatione incesset, & nullis finita temporibus hujusmodi criminis arceatur indago.*

326. DICENDUM 4. Crimen peculatûs præscribitur etiam quinquennio. l. 7. ff. ad leg. Iul. pecul. *Peculatûs crimen ante quinquennium admissum objici non oportet.*

327. DICENDUM 5. Crimen parricidii propter suam atrocitatem nunquam præscribitur. *L. fin. ff. ad L. Pompeiam de parricid. Eorum qui parricidii pœnâ teneri possunt, semper accusatio permittitur.* Idem affirmant DD. de

Crimine læsæ Maiest. Hæresis, Assassinii, falsæ monetæ, Simoniæ, Abortûs, suppositi partûs, Concussionis. Farinacius *q.* 10. *n.* 29. extendens ad omnia alia delicta excepta & enormia, & enarratis similia. De quibus exstat in Iure Bavarico. *Processu Crim. tit.* 2. *a.* 5. ubi decem crimina enumerantur.

Adverte 1. Quòd licèt aliquæ actiones criminales aliquo tempore præscribantur, tamen eorum Exceptiones nunquam præscribantur, juxta Reg. generalem: *quæ sunt temporalia ad agendum, sunt perpetua ad excipiendum.*

Adverte 2. Quòd actiones civiles inde descendentes non hoc ipso præscribantur, sed tempore illis constituto. Sed de his satis.

§. XI.

Quomodo Præscriptio interrumpatur.

328. DUplex species interruptionis est, Naturalis, & Civilis. Naturaliter interrumpitur Præscriptio, quotiescunque post eam rectè inchoatam aliquid ex substantialibus deficit, v. g. bona fides, titulus, possessio, capacitas personæ.

Civiliter interrumpitur præscriptio, quando nullum quidem ex requisitis deficit, sed juris auctoritate (vel ut Legistis loqui placet, subtilitate & fictione) censetur deficere, v. g. per sententiam. Incipiendo ab interruptione naturali,

329. DICENDUM 1. Si bonâ fide præscriptio incepta est, hoc est, quâ quis probabiliter judicavit, rem esse suam, & ut talem possedit, si deinde superveniat dubium etiam negativum, non interrumpitur præscriptio, nec possessio, esto cum tali dubia fide non potuisset præscriptio inchoari, ut patet, quia cum tali dubia fide non stat opinio rem esse suam. Conclusio, quæ certa est apud Theologos, probatur unicè ex eo, quia hîc vel maximè locum habet illa Regula, quòd melior sit conditio possidentis: qui enim possessionem jam cœpit, non debet illâ privari, præcisè ex eo, quòd in ejus intellectu desinat hîc & nunc judicium de probabilitate dominii, alioquin omnes præscriptiones nutarent, sed insuper necesse est, ut inducatur probabile & moraliter certum judicium, cui prudenter assensus negari non possit, rem esse alienam. Hinc conjunx, cui dubium suboritur de valore Matrimonii, potest illud contemnere, & in exigendo reddendóque debito suo jure acquisito uti.

330. DICENDUM 2. Si titulus resolvatur, ut fit in pacto commissorio, & addictione in diem, interrumpitur præscriptio. *l.* 19. *ff. de Usucap.* [Si hominem emisti, ut si aliqua conditio exstitisset, inemptus fieret, & is tibi traditus est, & postea conditio emptionem resolvit, tempus quo apud emptorem fuit, accedere venditori debere existimo, quoniam eo genere retro facta venditio esset redhibitioni similis, in qua non dubito tempus ejus qui redhibuerit venditori accessurum, quoniam ea venditio propriè dici non potest.]

331. DICENDUM 3. Præscriptio interrumpitur, quocunque modo Possessio civilis interrumpitur: quod etiam tunc fit, si quis rem quam possidet, pignori det Domino rei. *l.* 33. §. 5. *ff. de Usucap.* [Si rem tuam, cùm bona fide possiderem pignori tibi dem ignoranti tuam esse, desino usucapere: quia non intelligitur quis suæ rei pignus contrahere: at, si nudâ conventione pignus contractum fuerit, nihilominus usucapiam: quia hoc quoque modo nullum pignus contractum videtur.] In hoc ergo casu amittitur possessio non solùm naturalis, sed etiam civilis ab eo, qui vel maximè vult eam in alio retinere. Quod ipsum fit, si quis Domino rem suam locaret, aut precariò daret, ut habetur. *l.* 21. *ff. eod.* ibi. [Si is qui pro hærede fundum possidebat Domino eum locavit, nullius momenti locatio est, quia Dominus suam rem conduxisset: sequitur ergo, ut ne possessionem quidem locator retinuerit, ideoque longi temporis præscriptio non durabit.]

Cæterùm etsi talis locatio, vel oppignoratio ideo non valeat à parte rei, quia nemini locatur, aut oppignoratur res sua, nihilominus non præcisè ob invaliditatem interrumpitur possessio, ut benè notavit Bartolus in dictam legem 21. si enim locatio ex alio capite invalida esset, v. g. quia facta est pupillo, procederet usucapio. Unde infero, quòd in hoc casu non interrumperetur possessio civilis, sed locator possideret adhuc per apparentem & non verum conductorem. Unde ulteriùs infero, quòd si Dominus rei sit etiam ignarus, rem locatam, oppignoratam, aut precariò datam esse suam, locans, oppignorans, &c. etiam continuaret possessionem, & præscriptio non interrumperetur, sed absolvi posset, & eâ absolutâ posset vindicari. Ratio est, quia tunc Dominus non haberet animum possidendi rem locatam ut suam. Et hæc notanda videbantur circa Interruptionem naturalem. Nunc aliqua de civili interruptione dicenda sunt.

332. DICENDUM 4. Præscriptio interrumpitur civiliter non solùm per sententiam condemnatoriam, sed etiam per litis contestationem, & in quibusdam casibus per citationem, imò quandoque per extrajudicialem denuntiationem, subscriptione tabellionis, vel trium testium munitam, ut in casu legis 2. *C. de annal. except.* ibi [Sancimus, si quando absfuerit is, qui res alienas vel creditori obnoxias detinet, & desiderat dominus rei vel creditor suam intentionem proponere, & non ei licentia sit, absente suo adversario, qui rem detinet, vel infantiâ vel

furore laborante, & neminem tutorem vel curatorem habente, vel in magna potestate constituto, suâ auctoritate eas res usurpare licentia ei detur adire præsidem provinciæ, vel libellum ei porrigere, & in hoc in quærimoniam deducere intra constituta tempora, & interruptionem temporis facere, & sufficere hoc ad plenissimam interruptionem. Sin autem nullo potuerit modo præsidem ad.re, saltem ad locorum Episcopum eat vel defensorem civitatis, & suam manifestare voluntatem in scriptis deproperet, sin autem absuerit vel præses vel Episcopus vel defensor civitatis, liceat ei proponere publicè, ubi domicilium habet possessor, seu cum tabulariorũ subscriptione, vel si civitas tabularios non habeat, cum trium testium subscriptione, & hoc NB. sufficere ad omnem tempor.lem interruptionem, sive triennii, sive longi temporis, sive triginta sive quadriginta annorum sit. Omnibus aliis quæ de longi temporis præscriptione, vel triginta vel quadraginta annorum curriculis constituta sunt, in suo roboie daraturis.]

In hac ergo lege continentur casus excepti à regulis, quibus aliquæ præscriptiones civiliter non interrumpuntur, de quibus postea Notat etiam Bartolus, per eam non impediri beneficium restitutionis in integrum.

333. Conclusio quoad priora membra probatur ex l.10. C.de acquir. possess. ubi dicitur, *non posse eum intelligi possessorem, qui licèt possessionem corpore teneat, tamen ex interposita contestatione & causa in judicium deducta, super jure possessionis vacillet & dubitet.* quod non ità accipiendum est, quasi in rei veritate possessionem amittat (si enim hoc esset, tunc neque contra tertium curreret præscriptio, nec secutâ sententiâ absolutoriâ tempus litis motæ computaretur, ut fieri dicemus) sed ità, quòd fingatur non possidere, quia quoad juris effectum perinde est acsi non possideret, saltèm secutâ sententiâ condemnatoriâ.

334. Pari modo hinc colligitur, quomodo intelligendum sit, quod habetur *L. sed etsi §. si ante ff. de hæredit. petit. Post litem contestatam omnes incipiunt malæ fidei possessores esse.* Nam hoc realiter & theologicè falsum est, sed juris fictione, solùm ad hoc, ut quasi in suspenso sit præscriptio, & pendeat ex eventu ferendæ sententiæ: quid autem quoad fructuum perceptionem & lucrum operetur, dictum est in tr.3. de Possessione.

335. DICENDUM 5. Per litis contestationem etsi præscriptio interrumpatur respectu illius cum quo lis cœpta est, non tamen respectu tertii, cum quo nulla actio est; cui proinde nec prodest nec nocet. v.g. possideo bonâ fide, rem quæ ad Sempronium spectat. Cajus putans ad se pertinere, litem mihi movet, & ego eam contestatus sum, interrumpitur civiliter possessio respectu Caii, & ideo si tempore durantis litis absolveretur tempus præscriptionis, non præscripsissem, sed non interrumpitur respectu Sempronii, respectu cujus si tempore litis tempus præscriptioni præfixum absolvatur, præscripsi, nec poterit ille se interruptione à Cajo factâ tueri. *L. 2. C. quibus res judicata non nocet. Res inter alios judicatæ neque emolumentum afferre his qui judicio non interfuerunt, neque præjudicium solent irrogare.*

336. DICENDUM 6. Triennalis præscriptio non interrumpitur litis contestatione, sed procedit & perficitur etiam durante lite. Si tamen durante lite perfecta fuerit, & possessor postea damnetur, tenetur rem restituere ei pro quo pronuntiatum est. *L. 2. §. 21. ff. pro emptore.* [Si rem alienam emero, & cum usucaperem, eandem rem dominus à me petierit, non interpellari usucapionem meam litis contestatione. *& l. 18. de R. V.* Si post acceptum judicium possessor usu hominem cœpit, debet eum tradere, eoque nomine de dolo cavere, periculum est enim ne eum vel pignoràverit, vel manumiserit] Vnde si actor litem non prosequeretur, usucapio non fuisset per moram litis prolongata.

337. DICENDUM 7. Præscriptio 10. aut 20. annorum cum titulo interrumpitur litis contestatione, non item solâ citatione. *l. 26. C. de R. V. Moræ litis causam possessoris non instruunt ad inducendam longæ possessionis præscriptionem, quæ post litem contestatam in præteritum æstimatur.* Unde infertur idem esse dicendum de præscriptione 30. annorum sine titulo, nam ex defectu tituli propter excessum temporis comparatur præscriptioni longi temporis.

338. DICENDUM 8. Si actor causam non prosequatur, tunc nihilominus præscriptio interrupta seu prolongata censebitur litis contestatione & morâ, nisi ex circumstantiis constaret, & à Judice prudenter judicari posset, actorem dolo litem movisse ad prolongandam præscriptionem. colligitur ex lege ult. *C. de præscript. 30. annor.* [Sæpe quidam suos obnoxios in judicium vocantes, & judiciariis certaminibus ventilatis non ad certum finem lites perducebant, sed taciturnitate in medio tempore adhibitâ, propter potentiam fortè fugientium, vel suam imbecillitatem, vel alios quoscunque casus (cùm sortes humanæ multæ sint) qui nec dici nec numerari possunt, deinde jure suo lapsi esse videbantur, eo quòd post cognitionem novissimam triginta annorum spatium effluxerit, & hujusmodi exceptione oppositâ suas fortunas ad alios translatas videntes, meritò quidem sine remedio antè lugebant. Quod nos corrigentes eandem exceptionem quæ ex triginta annis oritur, in hujusmodi casu opponi minimè patimur.]

339. DICENDUM 9. Solâ citatione seu conventione interrumpuntur præscriptiones illæ, quas suprà diximus esse impropriè dictas, quia fiunt ab eo qui scit se debere contra alterius actiones. *l. 7. C. de præsc. 30. an.* ibi. *Nisi conventio*

ventio intercesserit. & quidem æquissimè, cùm tali conventione jam cesset taciturnitas & silentium, cui talis præscriptio innititur.

Has quas retulimus interruptionum diversitates, putant non ignobiles Juristæ apud Arnoldum Rath *c.* 5. *th.* 77. hodie non ampliùs habere locum, sed omnem præscriptionem libelli oblatione putant interrumpi. Jure Bavarico sola citatio ad instantiam partis emanata, & reo insinuata sufficere videtur. *L. R. tit.* 9. *a.* 1.

340. DICENDUM Si actor succumbat, censetur præscriptio non fuisse interrupta, perinde acsi lis mota non fuisset, ac proinde tempore litis est quasi in suspenso, ut suprà jam dictum est. & hoc ideo, ne cuivis facile sit, litem etiam calumniandi animo movendo præscriptionem interrumpere. Quodsi actor, sine dolo, litem deserat, & instantia per lapsum triennii perimatur, durat interruptionis effectus eatenus, ut actio ad 40. annos perpetuetur. *l. fin cit. C. de præscr.* 30. *ann.* ibi. *Eam tamen in* 40. *annum extendimus, cùm non similis sit qui penitus ab initio tacuit, ei, qui & postulationem deposuit, & in judicium venit, & subiit certamina, litem autem implere per quosdam casus præpeditus est.*

341. Sed quidsi res interim fuerit alienata, nocebitne interruptio illi successori singulari? Minimè. per legem. 1. *C. de præscript. longi temporis.* [Cum post motam & omissam quæstionem res ad nova dominia bonâ fide transierint, & exinde novi viginti anni intercesserint sine interpellatione, non est inquietanda quæ nunc possidet persona, quæ sicut accessione prioris domini non utitur qui est inquietatus, ita nec impedienda est, quod ei mota controversia sit. Quodsi prior possessor inquietatus est, etsi postea per longum tempus sine aliqua interpellatione in possessione remansit, tamen non potest uti longi temporis præscriptione.] sed ut suprà dictum est, quadragenariâ opus habet.

342. DICENDUM 11. Si pacto aut transactione à lite recessum esset, tunc interruptio facta adeo nihil nocet, ut perinde habeatur, acsi nunquam mota fuisset. Ratio est, quia hoc in pactum deductum censetur, ut quivis in eo jure sit, in quo fuisset, si nulla lis mota fuisset: hoc autem posse litigantes pacisci nullibi prohibitum est.

343. DICENDUM 12. Per excommunicationem in Bulla Cœnæ contentam, & singulis annis promulgari solitam adversus occupantes & detinentes bona Ecclesiæ Romanæ, non interrumpitur Præscriptio. est communis contra Felinum. Ratio est, quia bonæ fidei possessor non excommunicatur, sed malæ fidei detentor: non ergo per illam Sententiam inquietatur ullo modo bonæ fidei possessor, qui rectè judicat eam sententiam ad se non pertinere.

344. Objicit Felinus. Illa excommunicatio est quædam extrajudicialis admonitio, æquivalens litis contestationi, eo quòd Pontifex sit supremus Judex, nec habeat Judicem coram quo vel agere vel conveniri possit. ergo interrumpet præscriptionem. ℞. Distinguendo antecedens. est admonitio generalis, concedo, particularis alicujus personæ nego. hæc autem sola posset æquivalere litis contestationi, ut acutè notavit Arnoldus Rath.

Controvertitur inter Legistas, an etiam Majorennibus possit concedi beneficium Restitutionis in integrum, si constet, eos ex invincibili ignorantia rem suam non repetiisse.

Affirmativa est communis, teste Andreâ Gaill *lib.* 2. *Obser.* 19. *n.* 19.

345. Negativa tamen & Juri & rationi conformis est, quam egregiè propugnat Andreas Fachineus *lib.* 1. *contr.* 69. Probatur 1. Ex lege fin. *C. de præscript. longi temp.* ibi. *Nullâ scientiâ vel ignorantiâ exspectandâ, ne altera inextricabilis oriatur occasio.* quibus verbis indicatur fundamentalis ratio eam negandi, quia sic lites non finirentur, sed identidem præscriptiones ferè omnes eluderentur, ut benè notavit Rath, vix enim quisquam tam supinus est, ut sciens permittat rem suam præscribi: si ergo post factam præscriptionem, & comparatam hujus damni scientiam, haberet 4. annos ad impetrandam restitutionem in integrum, quis tandem litibus finis erit beneficio præscriptionis?

346. Probari solet 2. Ex lege *l.* 3. *C. de præscript.* 30. *ann.* ubi cùm Imperator dixisset, hanc præscriptionem contra omnes locum habere: *Non absentia*, inquit, *non militia contra eam legem defendenda, sed pupillari ætate duntaxat huic eximenda sanctioni.* sed ego hac lege non utor, ob superiùs dicta, & quia hic fit mentio absentium, & tamen his datur restitutio. Itaque Minores non indigent restitutione, sed præscriptio contra illos non currit, sicut contra absentes. & hic est sensus hujus legis. Sufficit ergo prima & optima probatio.

347. Contraria Sententia fundat se præcipuè in illa solenni clausula legis. 1. *ex quibus causis majores in integrum restituantur.* ibi. *Si qua alia justa mihi causa esse videbitur, in integrum restituam.* quibus verbis etsi adjecta sint hæc alia: *quoad ejus per leges, Plebiscita, Senatusconsulta, edicta, decreta Principum licebit.* hæc tamen verba explicantur in l. 28. §. 2. ibi. *quæ clausula, non illud pollicetur, restituturum, si leges permittant: sed si leges non prohibeant.* atqui leges non prohibent hujusmodi restitutionem majorennium ignorantiâ laborantium. ℞. Non prohiberi in terminis formalibus, sed æquivalentibus & implicitè, quod colligitur ex fine, ob quem lex præscriptionem introduxit, & præscribenti plenissimam securitatem promittit, & omnem regressum negat, &c.

348. Ne-

348. Neque desunt alii casus, in quibus locum & utilitatem habet illa clausula. Hujusmodi casum resolvit Inclyta Facultas Iuridica Ingolstadiensis, & refertur ab Arnoldo Rath th. 85. Nempe hæres à nobili quadam persona institutus, priusquam sciret se hæredem scriptum esse, decesserat, & subortâ controversiâ, an jus deliberandi ab hærede etiam ignorante se institutum esse, in ejusdem parentem, aut alios legitimos successores transmissum, an verò testamento ob non aditam hæreditatem destituto, hæredes personæ testantis ab intestato successuri admittendi essent, unanimi voto conclusum est, legitimos instituti hæredis successores ex communissimâ DD. sententia, & in notoria praxi recepta generalem Prætoris clausulam: si qua mihi justa causa videbitur, etiam ad hunc casum porrigente ad jus deliberandi restituendos, ac proinde eo remedio testamentum saltèm in effectu conservandum esse.

XII.

Quando dormiat Præscriptio.

349. DOrmitio seu Interquiescentia Præscriptionis est, quando Præscriptionis cursus sistitur quidem, sed ità elapsa tempora non omnino in nihilum recidant, sed ut cessante causâ dormitionis priora & jam elapsa tempora (tempore dormitionis subducto) cum posterioribus conjungantur, & ex illis fiat una præscriptio.

350. Primò dormit præscriptio contra Ecclesiam tempore vacantis Ecclesiæ ac schismatis. c. 4. de præscript. ibi. *Nisi fortè interim pastoralis Sedes caruisset Pastore, qui Iura Ecclesiæ suæ exigere debuisset.* & c. 15. eod. cujus summa est, quòd Prælatus inferior possit præscribere in certis Ecclesiis suæ Diœcesis totum jus Episcopale, subducto tamen tempore quo vacavit Ecclesia Cathedralis.

351. Secundò dormit tempore grassantis pestis, sævientis belli & hostilitatis, *can. primâ actione. 16.* q. 3. ibi. in fine. *Non erit objicienda præscriptio temporis, ubi necessitas interest hostilitatis.* & *cap.* 10. *de præscript.* ibi. *Præscriptione hostilitatis tempore non currente.*

Tertiò dormit præscriptio in casu quo Ecclesia læsa est à suo Prælato, quamdiu vivit Prælatus. can. 10. *16.* q. 3. ibi. [Nunquam enim poterit ad tricennium temporis pertinere vita irritè hoc judicantis, quia status contractuum initia non sumpsit ab origine æquitatis.

352. Quartò dormire censetur præscriptio illo tempore, quo quis rem alteri precariò concessit. Hoc enim peculiariter statutum est, *L.* 13. §. 7. *ff. de acquir. possess.* [Si is qui precariò concessit, accessione velit uti ex persona ejus cui concessit, an possit, quæritur: ego puto eum qui precariò concessit, quamdiu manet precarium, accessione uti non posse: si tam receperit possessionē rupto precario, dicendum esse, accedere possessionem ejus temporis quo precariò possidebatur.] Ità Vlpianus. Ex quibus verbis apparet, non esse hanc dormitionem ejus generis cujus sunt aliæ, in quibus tempus dormitionis simpliciter subducitur, sed specialis, quia rupto precario, utitur possidens accessione.

353. Est tamen mirabilis hæc Vlpiani decisio, tum quòd in lege 15. §. *eum qui. ff.* de precario expressè dicatur, rem precariò concessam ab utroque, tam dante, quàm accipiente, & ab eo quidem civiliter, ab hoc verò naturaliter possideri. tum quòd nulla discriminis ratio appareat, cur creditoris possessio in pignore prosit debitori ad præscribendum, etiam dum durat pignus, & non etiam dum durat precarium. Varii varia divinant, sed nihil efficaciter probant, nec ego præsumo meliora afferre, nec operæ pretium est immorari.

CONTROVERSIA V.

Quænam res, sive ex natura Præscriptionis, sive ex Legis resistentia præscribi non possint.

SUMMARIUM.

An

354. RES quæ præscribi non possunt, dicuntur *vitiosæ*, & sunt in duplici differentia, vel enim ideo præscribi non possunt, quia ex natura sua non recipiunt eas conditiones, quæ generaliter ad præscriptionem requiruntur, vel ideo, quia ex speciali fine & ratione leges non permittunt eas præscribi, quamvis alioquin nihil obstaret.

355. Prioris generis sunt Res sacræ, hoc est ad cultum Dei consecratæ, & sacris usibus applicatæ, cujusmodi sunt templa, sacella, cæmeteria, vestes sacræ, cinerum conditoria. Item res Religiosæ, res publicæ, ut plateæ forum, pontes, publicæ viæ, &c. & generaliter quæ non sunt in hominum commercio, seu bonis privatorum. Si enim nemo potest earum Dominus esse, quomodo poterit præscribere, cùm præscriptio sit adjectio dominii? *L. 9. ff. de Usucap.* [Usucapionem recipiunt maximè res corporales, exceptis rebus sacris, sanctis, publicis populi Romani & civitatum, item liberis hominibus.] Verùm quòd homo liber usucapi non possit, videri posset alicui, non provenire ex natura rei, sed purè ex legis prohibitione & resistentia. Ratio sic opinandi esse potest, quia in plurimis Iuris textibus habetur, liberum hominem bonâ fide possideri. quæ possessio suos etiam Iuris effectus habet, v. g. quòd illius venditio valeat, cur non ergo posset lex permittere, contra talis hominis libertatem præscribi, cùm defacto ratam habeat venditionem hominis liberi, quando se permittit vendi, ut de pretio participet? Nihilominus adhuc censeo, non immeritò iis accenseri, quæ ex natura rei dicuntur præscribi non posse; quia illa solùm ex natura rei præscribi possunt permittente lege, quorum dominium altum penes Legislatorem est, hujusmodi autem dominium in hominem liberum non habet: quando autem aliquis in sui venditionem consentit, tunc ideo fit verè servus, quia homo est suæ libertatis Dominus.

356. Secundò præscribi non possunt Decimæ à Laicis, ut illis debeantur, nisi fortasse tempore immemoriali, & jure præsumpti tituli, qualis poterat subesse, & Ecclesia poterat Laico hoc Ius ob magna merita concedere. Primum habetur *c. 15. de Decimis.* [Ad hæc donationem decimæ, quam Abbas cuidam loco concessit per successionem tenendam (*quoniam sanctuarium de jure hæreditario possidere non debet*) viribus carere decernas, Laicum (*nisi decimam ipsam ipsi Ecclesiæ liberè resignaverit*) vinculo excommunicationis adstringas.] Et clariùs c. 7. *de præscript.* ibi. *quia cùm Laici decimas detinere non possint, eas nullâ valent præscribere ratione.*

357. Alterum membrum declarat Arnoldus Rath *th. 3. c. 4.* quia tempus cujus originem annorum series & vetustas planè obruit, privilegii munus sustinet, ejusque præsumptionem inducit. *c. 1. de præscript. in 6.* ibi. *Nisi tanti temporis allegetur præscriptio, cujus contrarii memoria non exstat.* Quamvis enim centum, imò mille annorum possessio, ubi de non justo primordio constat, non muniat possessionis causam, ex quo tamen de ejusmodi exordio non constat, & talis res est, quæ ex causa laico acquiri possit (ut sunt etiam decimæ) existimari potest, quòd cùm tot annorum intervallo nemo ipsis quæstionem moverit, justam quoque inirii rationem fuisse: cùm enim tam varii sint casus, ex quibus instrumenta privilegii intercedere, vel interverti possunt, non convenit, Ecclesiam in tot humanæ conditionis casibus occasionem suo aliquem Iure exuendi aucupari, & cum injuriâ illius posteritati decimas eripere, qui fortassis egregiè de Ecclesia meritus sit. Et ità etiam sentit P. Layman. *lib. 4. tr. 6. c. 6. n. 5. & 8.* advertens, ejusmodi decimas tanquam merè laicales, liberè non requisito Ecclesiæ consensu passim vendi, & instar aliarum rerum quotidie alienari.

358. Possunt tamen Laici præscribere immunitatem à solvendis decimis non solùm tempore immemoriali, sed cum titulo etiam 40. annorum spatio, & non solùm hoc verum est in personis particularibus, sed etiam in communitate, ut contra Covarruviam benè probat Rath *th. 4.* quia passim consuetudine receptum est, ne de tertis fructibus, ut pomis, fœno, herbis, decimæ solvantur: quidni ergo in reliquis fructibus idem recipi posset? si quidem aliunde habeatur congrua sacerdotum sustentatio.

Hinc à paritate deducunt Legistæ communiùs contra Cravettam & alios, annuos census, & reditus spatio 30. annorum præscribi non solùm quoad futuros, sed etiam quoad præteritos jam cessos, & non solùm debitos ex oneroso contractu, sed etiam ex Legato aut fideicommisso. *L. cùm notissimi. §. fin. de præscript. 30. an.* ubi æquiparantur. [In his etiam promissionibus, vel Legatis, vel aliis obligationibus, quæ dationem per singulos annos, vel menses, aut aliquod singulare tempus continent, tempora memoratarum præscriptionum non ab exordio talis obligationis, sed ab initio cujusque anni vel mensis, vel alterius singularis temporis computari manifestum est.

359. Qui textus quamvis videatur probare, annuos reditus pro tempore futuro non præscribi, sed tantùm illorum annorum, à quibus jam 30. anni elapsi sunt, quia tot censentur esse legata, quot anni, nihilominus huic textui opponitur c. 4. de præscript. *De quarta decimæ, & obla-*

oblationis defunctorum Clericus ab impetitione Episcopi quadragenali præscriptione temporis se posse tueri videtur. ubi sermo est, tam de præteritis, quàm de futuris. & *cap. ad aures. 6. eod.* ubi de decimis non solvendis dicitur, quòd melior conditio sit possidentis immunitatem. *quia quadragenalis præscriptio omnem prorsus actionem excludit.*

360. Ad textum ex lege *cùm notissimi*, allatum respondet Arnoldus Rath, quòd Justinianus ibi non velit currere præscriptionem ab initio obligationis, ità ut simpliciter lapsu 30. annorum obligatio finiatur (sicut in præscriptione aliarum obligationum contingit) & ideo ait Justinianus, manifestum esse, quòd tempora præscriptionis annui reditus hoc modo non computentur, non enim utiq; præscribentur illi reditus, qui post contractam obligationem aliquot annis sunt soluti. Vult ergo Justinianus, computari ab initio cujusque anni, vel mensis: non quasi totidem sint præscriptiones, sed una tantùm præscriptio, quæ ab eo anno vel mense, quo solutio facta non est, initium ducat.

361. Tertiò, non potest præscribi fundus dotalis præscriptione longi temporis, nisi præscriptio inchoata fuerit, antequam inciperet esse fundus dotalis. *L. 16. ff. de fundo dot.* ibi. [Nam licèt lex Iulia, quæ vetat fundum dotalem alienari, pertineat etiam ad hujusmodi acquisitionem (*per præscriptionem*) non tamen interpellat eam possessionem, quæ per longum tempus fit, si antequam constitueretur dotalis fundus, jam cœperat: planè si paucissimi dies ad perficiendam longi temporis possessionem superfuerunt, nihil erit quod imputabitur.]

362. Quæstio est, an idem dicendum sit de rebus dotalibus mobilibus, earúmque præscriptione triennali, & quidem non procedere in servis, habetur ex eo, quòd maritus possit illos manumittere, *L. 3. C. de Iure dotium.* ibi. *Manumittendi mancipia dotalia, constante Matrimonio liberam habeat maritus facultatem.* De reliquis rebus mobilibus negant aliqui post Baldum, eò quòd lex Iulia specialem mentionem fundi dotalis fecerit. Affirmativam tenet Arnoldus Rath, & probat *ex L. 30. C. de Iure dot.* ubi dicitur, mulieri vindicanti non obstare exceptionem, sive sit major sive minor præscriptione decennali. ibi. [Omnis autem temporalis exceptio sive per usucapionem inducta, sive per decem, sive per viginti annorum curricula, sive per 30. sive 40. annorum metas, sive ex alio quocunque tempore majore, vel minore sit introducta, ea mulieribus ex eo tempore opponatur, ex quo possint actiones movere, id est opulentis quidem maritis constitutis post dissolutum Matrimonium, minùs autem idoneis, ex quo hoc infortunium eis illatum esse claruerit.] Debebit ergo præscriptio incipere ex eo tempore, quo mulier potest actione hypothecariâ experiri contra bona maritorum, nempe si opulenti sint, post solutum Matrimonium, si verò ad inopiam vergant, à tempore quo constiterit de hoc infortunio. Hoc quidem dicit lex. sed non video, quomodo hinc inferri possit, non posse res mobiles dotales triennio præscribi saltèm in casu posteriore.

363. Quartò, non possunt præscribi res, quæ testamento prohibentur alienari. *L. fin. §. 3. C. Communia de Legatis.* ibi. *Ut nec usucapio, nec longi temporis præscriptio contra legatarium, vel fideicommissarium procedat.* Itaque res legata, vel ex fideicommisso debita, non potest contra legatarium aut fideicommissarium, seu substitutum præscribi ordinario tempore, benè tamen extraordinario triginta annorum, per argumentum à contrario sensu. Quomodo autem aliquis possit ex titulo colorato *Pro Legato*, præscribere rem contra hæredem, suprà dictum est.

364. Quintò, nec bona adventitia filiorum in quibus pater habet usumfructum, & per consequens administrationem. *L. 1. in fin. C. de annali except.* ibi. [Sancimus filiisfam. in omnibus his casibus quibus habent res minimè patribus acquisitas (*quoad proprietatem*) nullam temporalem exceptionem opponi, nisi ex quo exceptionem movere potuerint, id est, postquam manu paternâ, vel ejus in cujus erant potestate constituti, fuerint liberati. Quis enim eos incusare eos poterit, si hoc non fecerint, quòd etsi maluerint, minimè adimplere lege obviante valebant.] Itaque tempus computandum est post solutam patriam potestatem, quia tunc primùm possunt agere.

Dices: ergo ob eandem causam non deberet currere præscriptio contra eos qui Reipublicæ causâ absunt. quia etiam non possint agere. R. De Iure Canonico ità esse. Sed de Iure Civili datur his restitutio in integrum, quia hi habent impedimentum facti, non Iuris sicut filiifamilias.

365. Sextò, Res pupillares, tam mobiles, quàm immobiles, ne quidem longissimo tempore præscribuntur, ità ut tempus pupillaris ætatis computetur, quem singularem favorem concesserunt Impp. in lege 3. C. de præscript. 30. ann. ibi. [Sed pupillari ætate duntaxat (*quamvis sub tutoris defensione consistat*) huic eximenda sanctioni. Nam cùm ad eos annos pervenerint, qui ad solicitudinem pertinent curatoris, necessariò eis similiter ut aliis annorum triginta intervalla servanda sunt.] Et hoc verum est, etiamsi præscriptio contra defunctum incepisset, nisi pupillo adhuc in utero existente compleretur, quia tunc adversus defunctum, non adversus pupillum impleri censeretur, nec Iura volunt ob incertitudinem posthumi nasciturі præscriptionem impedire, sufficit enim beneficium restitutionis illi concedi.

366. Septimò, contra Minores non currit præscriptio tempore ordinario, loquendo de præscriptione propriè dicta. nam impropriæ, ut annales, &c. æquè procedunt, salvâ restitutione

ne

ne in integrum. *L. fin. C. in quibus causis rest. in integr. necess. non est.* ibi. *Melius est, intacta eorum Iura servare, quàm post vulneratam causam remedium quaerere.*

367. Octavò, non praescribuntur ordinario tempore res furto, aut vi ablatae (quamdiu vitium non purgatur) adeo quidem, ut etiamsi per mille manus ambulâsset, semper Dominus eam à possessore vindicare posset, nullo restituto pretio, praeterquam expensis in sustentationem v.g. animalis factis. §. 2. *Inst. de Vsucap.* [Furtivae quoque res, & quae vi possessae sunt, nec si praedicto longo tempore possessae fuerint, usucapi possunt.

368. Huc revocantur etiam ea, quae contra legem *Repetundarum* dantur Iudici, & deinde ad tertium bonae fidei possessorem perveniunt: nam haec perinde ut furtiva, nunquam nisi purgato vitio praescribuntur. *L. 8. ff. ad leg. Iul. Repetund. Quod contra legem repetundarum Proconsuli, vel Praetori donatum est, non poterit usucapi.*

369. Dixi. *Quamdiu vitium non purgatur.* quod pluribus modis fieri potest. 1. Si fur esset haeres illius cui furatus erat. l. 42. *Idem juris est, cùm is qui rem furtivam vendidit, postea domino haeres exstitit.* 2. Si res ad dominum suum reversa fuerit post furtum, & denuò bonâ fide ab alio possideatur, sive deinde reversa fuerit formaliter sive aequivalenter, v.g. per receptam litis aestimationem, aut quamcunque aliam satisfactionem. l. 84. ff. de furtis. [Quamvis res furtiva, nisi ad dominum redierit, usucapi non possit, tamen si eo nomine lis aestimata fuerit, vel furi dominus eam vendiderit, non interpellari jam Vsucapionis jus dicendum est.]

370. QUÆRES 1. An si res aliqua non quidem furto formali seu per formalem attrectationem commisso, sed aequivalenter ad aliquem pervenerit, possit praescribi. v.g. Cajus mentitur se esse haeredem Pauli, qui habet rem aliquam depositam apud Petrum, hanc vendit Cajus Petro, poteritne Petrus praescribere? Respondet Arnoldus Rath *c. 4. th.* 18. de iure quidem antiquo posse, non item jure Iustinianeo novo, saltèm ejus mente attentâ, quamvis verba aliud postulare videantur. Rationem dat, quia talis non longè abest à labe furti, & factum ejus tantò potest censeri execrabilius, quòd fraudem legi facere voluerit. Contrarium tamen tenent apud eundem Castrensis & Aretinus, & meo judicio probabiliter.

371. QUÆRES 2. Si debitor creditori suo pignus auferat, an pignus furtivum fiat, ità ut à tertio possessore cui v.g. illud vendidit, usucapi non possit. Aliqui, ut Cujacius & Iul. Pacius distinguunt inter pignus & hypothecam, & dicunt quod si pignus à creditore possessum auferatur, possit usucapi ideo, quia licèt ablatio sit furtiva, quatenus tamen per eandem oblationem res redit ad suum dominum, purgatur vitium. Attrectatio verò hypothecae existentis apud ipsum debitorem, quae fit per ejus venditionem contra jus creditoris, est ità furtiva, ut vitium non purgetur, quia non redit ad suum dominum, & ideo non poterit usucapi. Haec tamen subtilitas mihi non placet: tum quia paradoxum est, eâdem actione quâ furtum fit, vitium furti purgari, tum quia hoc modo res non redit propriè ad suum dominum, à quo nunquam abfuit ablata quoad possessionem civilem. tum denique etiamsi in primo casu primum furtum purgaretur, quatenus tamen postmodum pignus distrahitur, iterum furtum committetur, sicut in secundo casu, & hoc vitium non purgatur. Melius ergo respondent alii, tale pignus quoad proprietatem posse usucapi, non tamen quoad actionem hypothecariam. ratio est, quia quoad dominium & proprietatem non est factum furtivum, quia nemo potest sciens furari rem suam, sed benè quoad possessionem quam debitor creditori aufert & invertit, ut dictum est tr. 1. de Furto. & hoc modo intelligendus est textus *Inst. §. aliquando de oblig. quae ex delicto. Aliquando autem etiam suae rei furtum quis committit, veluti si debitor rem quam creditori pignoris causâ dedit, subtraxerit.* & conciliatur cum §. 21. legis 4. *ff. de usucap.* [Si rem pignori datam debitor subripuerit, & vendiderit, usucapi eam posse Cassius scribit, quia in potestate domini videtur pervenisse qui pignori dederit, quamvis cum eo furti agi potest, quod puto rectius dici. *&* cum lege 5. ff. pro emptore. Si rem quam tibi pignoravi, subripuero, eamq; distraxero, de Vsucapione dubitatum est, & verius est, utiliter cedere tempora usucapionis]

372. QUÆRES 3. An ancillae furtivae partus praescribi possit ab eo qui bonâ fide possidet ancillam. Distinguendum est an fuerit conceptus apud furem, vel apud dominum ancillae, vel apud eum qui ancillam possidet. Si primum, certum est, non praescribi, quia partus ille in utero existens non minùs furtivus est, quàm ipsa ancilla, & sicut saccus unà cum pecunia contenta. arg. *l. 77. ff. de furtis. Qui saccum habentem pecuniam subripuit, furti etiam sacci nomine tenetur, quamvis non sit ei animus saccum furandi.* ergo è contrario, qui ancillam alienam praegnantem furatur, etsi non sit ei animus furandi partum, tamen etiam hujus furti nomine tenebitur. *lege statim citandâ.*

373. Difficultas ergo est, si ancilla post factam traditionem apud eum concepit, qui bonâ fide possidet. Et planè dicendum videtur, quòd possit usucapi, quia tempore furti commissi necdum exstitit. Ità habetur, *l. 48. §. 5. ff. de furtis.* [Ancilla si subripiatur praegnans, vel apud furem concepit, partus furtivus est, sive apud furem edatur, sive apud bonae fidei possessorem, sed in hoc posteriori casu actio furti cessat, sed si concepit apud bonae fidei possessoré, ibiq; peperit, eveniet, ut partus furtivus non sit, verùm etiam usucapi possit.] Huic legi consonat *lex 9. ff. pro emptore. Qui ob pactionem libertatis ancillam*

cillam furtivam à ſervo accepit, poteſt partum ejus, quaſi emptor uſucapere. & lex 40. ſequens. ubi in formalibus terminis idem dicitur.

374. Verùm his legibus è diametro contradicere videtur *lex* 4. §. 16. *ff. de Vſucap.* [Si ſervus meus ancillam quam ſubripuit, pro libertate ſua mihi dederit, an partum apud me conceptum uſucapere poſſum? Sabinus & Caſſius non putant, quia poſſeſſio, quam ſervus vitioſè nactus ſit, Domino noceret. & hoc verum eſt.] In his conciliandis deſperat Nicolaus de Paſſeribus. Idem tacitè fatetur Harpprecht. Mihi ſatis eſt, quòd pro data reſolutione noſtra ſtent tres aperti textus. Verùm, conciliatio poteſt haberi ex ſequenti §. 18. ubi ſe Iure conſultus declarat, quòd locutus ſit de poſſidente malâ fide. *Si, inquit, antequam pariat, alienam eſſe reſcierit emptor, diximus non poſſe eum uſucapere, quodſi neſcierit, poſſe.*

375. QUÆRES 4. Quid juris ſit in fœtu pecudum furtivarum. Bachovius in Treutl. de Vſucap. *th.* 3. *ad litt. B. verſu. Controverſia.* defendit omnimodam paritatem inter fœtum & partum. Econtra Arnoldus Rath tanquam certum ſupponit, nihil intereſſe, fuerit ne fœtus conceptus apud furem, aut Dominum pecudis, vel apud bonæ fidei poſſeſſorem, ac proinde vitium non attendi, ſed quia in fructu eſt, bonæ fidei poſſeſſori ſtatim jure perceptionis indiſtinctè acquiri, ſicut fructus aliarum rerum, & ſic nullâ præſcriptione opus eſſe. Et hanc ſententiam veram exiſtimo, ſed non ità certam, ut Bachovii debeat improbabilis cenſeri. Probatur ergo. 1. Ex *l.* 48. §. 2. *ff. de acquir. rer. dom.* ibi. [Et ovium fœtus in fructu ſunt, & ideo ad bonæ fidei emptorem pertinent, etiamſi prægnantes venierint, vel ſubreptæ ſint. Et ſanè quin lac ſuum faciat, quamvis plenis uberibus venierint, dubitari non poteſt, idémque in lana juris eſt.] Circa quem textum obſervandum eſt, quòd quidem ſic habeat lectio Florentina, ſed gloſſa ait, in ſuo manuſcripto exemplari pro *Vel* eſſe legendum, *Quæ.* & meo judicio hæc eſſet magìs ad mentem Iuris Conſulti, quia non ſatis apparet ſenſus & utilitas illius disjunctionis: quare in lectione gloſſæ difficultas omnis ceſſat, ut agnoſcit Bacchovius. Nihilominus etiam ſervatâ lectione Florentinâ hic ipſe ſenſus eſſe videtur, alioquin debuiſſet Iureconſultus dicere: *vel non prægnantes ſubreptæ ſint.* Quod colligitur ex ſequentibus verbis de lana & lacte, ut conſideranti patet.

376. Minùs adhuc, meo judicio, ſtringit Bacchovii ſententiam quod affertur ex *l.* 48. §. 6. *de furtis.* ubi dicitur. [Ex furtivis equis nati ſtatim ad bonæ fidei poſſeſſorē pertinebunt meritò: quia in fructu numerantur: at partus ancillæ non numeratur in fructu.] Ergo eſt diſcrimen inter partum & fœtum. Ad hoc tamen facilè reſpondetur, ex his duabus præmiſſis legitimè quidem inferri hanc conſequentiam: ergo partus ancillæ non fit ſtatim bonæ fidei poſſeſſoris: quod verum eſt, etiamſi lex iſta loquatur de fœtu & partu concepto apud poſſeſſorem, quia partus debet primum præſcribi, non item fœtus (niſi quoad irrevocabilitatem dominii fructuum, de qua hîc non eſt ſermo) Vnde non improbabiliter reſpondet Bacchovius, hunc textum accipiendum eſſe de caſu quo equæ apud poſſeſſorem conceperunt, alioquin hîc textus, ſeu §. 6. eſſet contrarius §. 5. præcedenti, ubi Vlpianus videtur in fœtu pecudum quoad prohibitionem ex vitio furti idem ſtatuere, quod in partu ancillæ (nempe ſi apud furem concepti ſint) *Idem inquit, & in pecudibus ſervandum eſt, & in fœtu earum, quod in partu.* Nempe ſi apud furem concepti ſint, ut non poſſint præſcribi, aut fieri poſſeſſoris. Ad hoc quidem reſpondent noſtræ ſententiæ patroni, nempe Cujacius, & Donellus, textum eſſe corruptum, & omiſſam part. *Non.* adeoque legendum. *Non idem.* Connanus verò & Arnoldus Rath reſpondent, legenda hæc verba eſſe cum interrogatione: ad quam tanquam rationem dubitandi reſpondet JC. in ſequenti §. 6. jam relato. Itaque legendum eſſet, *an idem?* ſed vel hinc apparet, meritò potuiſſe Bacchovio contrarium videri, inſiſtendo verbis textûs.

377. Nonò, præſcribi non poſſunt ea quæ Principi, ut Principi conveniunt, hoc eſt in recognitionem ſupremæ poteſtatis, ut ſunt tributa, vel aliæ penſiones publicæ. *l.* 6. *C. de præſcrip.* 30. *an.* ubi ſic ſtatuitur. [Comperit noſtra Serenitas, quoſdam ſacratiſſimā noſtræ pietatis conſtitutionem, quæ de annorum 40. loquitur præſcriptione, ad præjudicium etiam publicatum functionum ſolutionis trahere conari, & ſi quid per tanti, vel amplioris temporis lapſū, minimè, vel minùs, quàm oportuerat, tributorū nomine ſolutum eſt, non poſſe requiri, ſeu profligari contendere, cùm hujuſmodi conamen maniſeſtiſſimè ſenſui propoſitóque noſtræ legis obviare noſcatur, ideoque jubemus, eos qui rem aliquam per continuum annorum quadraginta curriculum, ſine quadam legitima interpellatione poſſederint, de poſſeſſione quidem rei, ſeu dominio nequaquam removeri, functiones autem, ſeu civilem canonem, vel aliam quampiam publicam collationem eis impoſitam dependere compelli, nec huic parti NB. cujuſcunque temporis præſcriptionem oppoſitam admitti.] Ex ſupradictis tamen conſtat, immemoriali tempore poſſe hujuſmodi præſcribi. *Contr.* 4. §. 9. ubi dictum, quòd tantum tempus habeat vim privilegii.

Decimò, non poſſunt Diœceſani præſcribere contra Epiſcopum ne viſitentur, aut procurationem ſolvere teneantur. *c.* 16. *de Præſcrip.* ibi. [Nos igitur eorum allegationem nullam penitùs reputantes, cùm contra procurationem, quæ ratione viſitationis debetur, præſcribi nequive-

quiverit (*ne quidem immemoriali tempore ut patet ex præced.*) quemadmodum nec contra visitationem ipsam potest aliquo modo præscribi.]

378. Vndecimò, præscribi non possunt fines diœcescon, aut parochiarum, aut provinciarum, si de illis constet. *c. super eo de parochiis.* [Super eo verò, quod apud vos intelleximus dubitatum, an quod de finibus his, quæ finibus cohærent, non præscribendis statutum per canones esse dignoscitur, sit in paræciarum limitibus, sicut in provincialibus admittendum: Respondemus, quòd benè videtur in utroque servandum, si fines legitimâ probatione, vel aliàs indubitatâ fide constitit, Ecclesiasticâ ordinatione statutos.

CONTROVERSIA VI.

De Publiciana Actione.

SUMMARIUM.

Causa & Vtilitas Actionis Publicanæ. 379.
An hæc actio nunquam detur ipsi Domino, qui rem jam usucepit, vel qui sine Vsucapione Dominus est. 380.
An detur hæc actio etiam adversus illum, qui eandem rem etiam titulo colorato acquisivit. 381.
An adversus illum, qui dolo malo desiit possidere. 382.

379. INstit. *de Actionibus.* §. 4. hujus Actionis causa & utilitas sic proponitur. [Namque si cui ex justa causa res aliqua tradita fuerit (veluti ex causa emptionis, aut donationis, aut dotis, aut legatorum) & necdum ejus rei Dominus effectus est, si ejus rei possessionem casu amiserit, nullam habet in rem directam actionem ad eam persequendam, quippe itâ proditæ sunt jure civili actiones, ut quis dominium suum vindicet. Sed quia sanè durum erat, eo casu deficere actionem, inventa est à Prætore actio, in qua dicit is, qui possessionem amisit, eam rem se usucepisse, quam usu non cepit, & ità vindicat suam esse. Quæ actio Publiciana appellatur, quoniam primò à Publicio Prætore in edicto proposita est.] Edictum verò Prætoris habetur *l. 1. ff. hoc tit.* Ait Prætor. *Si quis id quod traditur ex justa causa non à Domino, & nondum usucaptum petit, judicium dabo.* Meritò dicit: *nondum usucaptum.* Nam si usucaptum est, habet actionem civilem, Rei Vindicationem, adeoque non habet opus honorariâ. Hinc

380. QUÆRITUR inter Legistas 1. An hæc actio nunquam detur ipsi Domino, qui rem jam usucepit, vel qui etiam sine usucapione rei Dominus est. & quamvis A A. dissentiant, conciliari tamen facilè possunt, si dicamus cum RR. inspectis juris apicibus non competere domino, ut manifestè patet ex textibus relatis. At verò, de Iure Canonico & consuetudine, propter difficultatem probandi dominium, etiam vero Domino hanc actionem concedi, & usitatum esse eam cum rei vindicatione in libello conjungi his verbis. *jure dominii, vel quasi*: ut habetur *cap. 3. de sent. & re judic. in 6.* & explicat ibi glossa.

381. QUÆRITUR 2. An detur hæc actio etiam adversus illum, qui eandem rem etiam titulo colorato acquisivit. & Respondetur Negativè. Quia in hoc casu melior est conditio possidentis, quàm petentis, ut habetur *l. 9. §. 4. h. t.*

Excipitur tamen ille qui *Pro hærede* possidet, cùm reverâ hæres non sit, contra hunc enim dari Publicianam communis est sententia, contra Gomez. Rationem dant, quia titulus *Pro hærede* Verbotenus tantùm titulus est, at reipsâ non est, ut tenet glossa & Bartolus in *L. pro hærede 11. ff. de pet. hæredit.* Probatur etiam hoc argumento. Petitio hæreditatis datur contra eum, qui possidet *pro hærede.* atqui petitio hæreditatis non datur contra habentem titulum: ergo *pro hærede*, non est titulus. & hinc solvitur argumentum Gomezii, qui malè confundit titulum coloratum cum existimato. Vnde etiam mihi dicendum videtur, si verba legum spectemus, Publicianam actionem non competere omni illi, qui habet sufficientem titulum ad usucapiendum, qualem plerumque esse etiam titulum existimatum suprà diximus, sed requiri coloratum. Quamvis ex æquitate, & saltèm utilis videatur etiam concedenda illi, qui habet titulum solùm existimatum.

382. QUÆRITUR 3. An detur adversus illum qui dolo malo desiit possidere. ℞. Affirmativè, sicut de Rei vind. dictum est. Vnde petitur hac actione non solùm res ipsa, sed unà cum fructibus perceptis, damnis, interesse, & expensis, de quibus tamen Judex arbitrabitur.







CON-

CONTROVERSIA VII.

De Actione Rescissoria.

SUMMARIUM.

383. Rursus ex diverso, si quis cùm Reipublicæ causâ abesset, vel in hostium potestate esset, rem ejus, qui in civitate esset, usuceperit, permittitur Domino, si possessor Reipublicæ causâ abesse desierit, tunc intra annum rescissâ usucapione eam petere: id est, ità petere, ut dicat, possessorem usu non cœpisse, & ob id suam rem esse. §. 5. *Inst. de Act.*

384. Hac ergo actione agitur ad rem usucaptam, quasi nunquam fuisset usucapta, rescissâ imprimis usucapione: quâ per officium Iudicis recisâ petitur deinde, ut res sibi restituatur, tanquam sua, perinde acsi nunquam usucapta fuisset.

Est ergo hæc *in rem* actio priori è diametro contraria, nam Publiciana convenit illi qui est in usucapiendo, hæc verò est contra illum qui usucepit, & convenit illi contra quem completa est usucapio. Aliter exprimunt hanc contrarietatem Juristæ, & dicunt, quòd sicut Publiciana dicit rem esse usucaptam, quæ fortassis usucapta non est, ità Rescissoria dicit non esse usucaptam, quæ reverâ usucapta est. Hoc quidem verum est in effectu, sed non est necesse libellum hoc modo concipi, ut videre licet apud Brederodium.

385. QUÆRITUR 1. Quantum temporis concedatur ad hanc actionem instituendam. Multi putant, in hac actione duo remedia & judicia contineri, primum vocant *Rescindens*, quo fit rescissio usucapionis, seu restitutio in integrum. alterum vocant *Rescissorium*, quo post factam rescissionem, seu, ablato impedimento petitur res ipsa ut restituatur, & est in effectu Rei vindicatio.

Priori actioni volunt competere quadriennium, alteri annum utilem. Huic tamen opinioni tam quoad subtilitatem, quàm quoad rem ipsam contradicit Harpprecht. Nam quando à Magistratu redditur hæc actio Rescissoria, tacitè & reipsâ simul usucapio rescinditur. Deinde hæc actio hodie habet quadriennium, transfuso in hoc quadriennium anno utili, quo olim dabatur. *lege fin. C. de temporib. in integr.* ibi. [Supervacuam differentiam utilis anni à nostra Repub. separantes sancimus, quadriennium continuum tantùm numerari ex die ex quo annus utilis currebat.]

386. QUÆRITUR 2. An sint etiam aliæ causæ præter absentiam Reipub. & captivitatis causâ, ob quas detur hæc actio. ℞. Affirmativè, dicente Iust. in §. cit. *Quod genus actionis quibusdam & aliis.* hujusmodi est, si quis studiorum causâ abest.

387. QUÆRITUR 3. An hæc actio semper sit realis, vel aliquando etiam personalis. ℞. Sicut Realis tunc est, quando loco realis actionis, v.g. rei vindicationis substituitur, ità erit Personalis, quando quis petit rescindi præscriptionem actionis Personalis, v.g. actionis injuriarum, quam ob absentiam non potuit instituere.



CAPUT

CAPUT III.

DE HÆREDITATIBUS, QUÆ AB INTESTATO DEFERUNTUR, *seu* DE SUCCESSIONE AB INTESTATO.

CONTROVERSIA I.

Quid sit, quámque diversa fuerit olim & nunc sit Successio ab Intestato.

SUMMARIUM.

QVis dicatur Intestatus decedere. 388.
Quo sensu dicantur intestati, qui jure non possunt testari. 390.
Statutum de Intestatis etiam de talibus procederet. 391.
Quinam dicantur Agnati. 393.
Antiquus succedendi modus variè correctus posterioribus Iuribus. 394.
Novellà 118. *constituti tres ordines: Descendentium, Ascendentium, Lateralium.* 397.
Quomodo in successione computentur gradus. 398.

388. *INtestatus*, inquit Iustinianus Princ. Inst. h. t. *decedit, qui aut omnino Testamentum non fecit, aut non jure fecit, aut id quod fecerat, ruptum irritumve factum est, aut si ex eo nemo hæres exstiterit.* Breviùs diceretur intestatus, qui caret hærede testamentorio. hoc itaque deficiente succedunt ab intestato illi, & eo ordine, qui & quo à lege vocantur ad hæreditatem, unde & *Successio legitima* dicitur.

389. Inutilem prorsus quæstionem de vocabulo movent hìc non ignobiles cæteroquin Iuristæ, an illi, qui cùm jure testamentum facere non possent, quales sunt impuberes, prodigi, furiosi, & hujusmodi, Intestati dicendi sint.

390. Certum equidem est, tales non esse intestatos *privativè*, ob defectum potentiæ, nihil tamen prohibet eos dici intestatos negativè, sicut etiam terra, quæ nullâ arte coli potest, solet *inculta* vocari. Unde Vlpianus in lege 1. *ff. de suis & legitimis.* sic loquitur. *Planè qui testari non potuit, propriè non est intestatus, puta impubes, furiosus, vel cui bonis interdictum est, sed hos quoque pro intestatis accipere debemus.*

391. Vnde mihi indubitanter dicendum videtur, contra Baldum, Jo. Fabr. Decium & alios, quòd si statutum aliquod existeret, ut bona ejus qui ab intestato decedit, proximis agnatis, exclusis cognatis, acquirantur, etiam de talibus intelligendum esset, quia consuetudo loquendi tales etiam intestatos vocat, idemque in ipsis juris textibus quam plurimis videre est, ut *l. 4. ff. qui pet. tut. l. 14. ff. ad leg. Falc. l. 2. §. impuberem ff. ad S. C. Tertyll. l. 27. C. de Testam. l. 45. ff. de vulg. & pupill. substit. l. 10. C. de legit. hæred. & alibi.* & sufficere debet, quòd Vlpianus dicat, pro intestatis accipiendos esse.

392. In hac successione ab intestato tanta semper in Iure varietas fuit, quanta vix alia. Quod ut in compendio appareat, triplex Ius distinguendum est. primum Ius antiquissimum Legg. XII. tabul. secundum Ius Pandectarum & Codicis. tertium Ius Novum, sive Novellarum. Primum Ius XII. tabb. fecit differentiam inter ingenuos & libertinos, & ingenuorum duos tantùm ordines constituit, unum *Suorum*, alterum *Agnatorum.* Suorum nomine venerunt constituti in patria potestate, sive reipsâ, sive spe, ut posthumi, & etiam adoptivi. hi ità vocabantur ad successionem, ut neque sexûs discrimen esset, neque gradus attenderetur: hoc tamen attenderetur, ut siquidem primo gradu soli essent, hæreditas divideretur in capita: si insuper ulteriores, vel soli ulteriores, in stirpes hæreditas divideretur. habentur hæc *in §. 6. Inst. h. t.*

393. Agnati sunt per virilis sexûs personas sanguine juncti. hos, deficientibus suis vocabat

cabat lex XII. tab. sine discretione quidem sexûs, sed non sine præeminentia gradûs. semper enim proximior excludebat remotiorem; usque adeo, ut si proximior repudiaret hæreditatem, non haberet locum succeilio de gradu in gradum: quamvis, si plures essent ejusdem gradûs, daretur jus accrescendi, uno repudiante. Si verò nec sui, nec agnati exstabant, hæreditas erat vacans, & caduca, ac publicata in fiscum redigebatur.

394. Hic succedendi modus utpote admodum restrictus, correctus est Iure Digestorum & Codicis, deinde Institutionibus inserto. Et imprimis prætor emancipatis subvenit, & cum *Suis* per bonorum possessionem *Vnde liberi*: ad successionem admisit. quam Prætoris æquitatem retinuerunt & secuti sunt Imperatores sub titulo Codicis: *Vnde liberi*.

395. Post hæc Senatus consulto Orphitiano filii & filiæ (quod lex XII. tab. negabat) ad hæreditatem matris ab intestato venerunt. Tertiò, ex Constitutionibus, liberi legitimati. Quartò ex iisdem Constitutionibus Divi Marci, descendentes per sexum fœmininum, primùm cum diminutione trientis, si Sui aderant, aut quadrantis, si aderant agnati, deinde cum sola diminutione trientis in concursu cum *Suis*. Hos igitur liberos Prætor, Senatusconsultum, & Constitutiones in ordinem *Suorum* collocârunt, non ut fierent *Sui*, sed ut inter *Suos* vocarentur, quoties de hæreditatis distributione ageretur. Inst. pr. de legit. agnat. successione. Si *nemo suus hæres, vel eorum quos inter suos hæredes prætor vel Constitutiones vocant, existat, qui successionem quoquo modo amplectatur, &c.*

396. Pari modo quædam personæ in ordinem agnatorum translatæ sunt. Imprimis Mater, quæ, cùm liberis intestatis agnata non esset, antiquissimo jure succedere non poterat. Hoc correctum est per Senatusconsultum Tertyllianum, cujus hæc est summa. Vt mater tribus liberis honorata si sit ingenua, aut quatuor, si sit libertina, filio suo succedere possit ab intestato, dummodo liberos post se non relinquat, vel pater aut frater non concurrat. Deinde etiam & aliæ personæ de quibus in §. 4. Inst. eod. ibi. [Sed etiam germanæ consanguineæ, vel sororis uterinæ filius & filia soli, & non deinceps personæ unà cum his ad jura avunculi sui perveniant. & mortuo eo qui patruus quidem est sui fratris filiis, avunculus autem sororis suæ soboli simili modo ab utroque latere succedant, tanquam si omnes ex masculis descendentes legitimo jure veniant, scilicet ubi frater & soror superstites non sunt. His etenim personis præcedentibus & successionem admittentibus, cæteri gradus remanent penitus remoti, videlicet hæreditate non in stirpes, sed in capita dividenda.

397. Post ordinem suorum & agnatorum, fecit prætor tertium Ordinem, qui est Cognatorum, hoc est qui vel per fœminas nobis conjuncti sunt, vel per masculos quidem, sed qui per diminutionem capitis jura agnationis amiserunt, quales sunt emancipati. Verùm relictis his sicut & Iure Successionis Libertorum, & Patronorum, ad Ius novissimum accedamus.

Itaque Iustinianus Imperator anno Imperii sui decimo septimo, qui est salutis annus quingentesimus quadragesimus tertius, & decimus post compilatum librum Institutionum, edidit Constitutionem, quæ est Novella 118. famosissima, in qua jus antiquum in plerisque reformavit, & tres fecit Ordines. Primus est descendentium, secundus ascendentium, tertius ex latere conjunctorum. Verba Novellæ successivè in sequentibus dabimus.

398. Notandum autem est, quòd, cùm in hac successionis prælatione veniat in considerationem vicinitas in gradu consanguinitatis, gradus isti non computentur more Iuris canonici, observari solito in matrimoniis, sed more Iuris Civilis, quod in utroque foro observatur in negotio Successionis. In lateralibus enim (de linea recta non est difficultas) enumerantur & colliguntur tam gradus quibus unus distat à communi trunco, quàm etiam gradus quibus alter distat: hinc fratres sunt in secundo gradu, quia unusquisque uno gradu distat à trunco: nepos & patruus sunt in tertio gradu, quia nepos distat duobus gradibus à stipite communi, & patruus uno, patrueles sunt in quarto gradu, quia quilibet distat duobus gradibus; & sic de cæteris.

CONTROVERSIA II.

De Successione descendentium.

SUMMARIUM.

De

§. I.

Certa præmittuntur.

399. Novella 118. capite primo sic habet. [Si quis igitur descendentium fuerit ei qui intestatus moritur, cujuslibet naturæ aut gradûs, sive ex masculorum genere, sive ex fœminarum descendens, & sive suæ potestatis sive sub potestate sit, omnibus ascendentibus & ex latere cognatis præponatur. Licèt enim defunctus sub alterius potestate fuerit, tamen etiam filii, cujuslibet sexûs sint aut gradûs, etiam ipsis parentibus præponi præcipimus, quorum sub potestate fuerit, qui defunctus est, in illis videlicet rebus, quæ secundùm nostras alias leges patribus non acquiruntur, nam in usu (*id est usufructu bonorum adventitiorum*) harum rerum qui debet acquiri aut servari, nostras de his omnibus leges parentibus custodimus; sic tamen ut si quem horum descendentium filios relinquentem mori contigerit, illius filios aut filias, aut alios descendentes in proprii parentis locum succedere, sive sub potestate defuncti, sive suæ potestatis inveniantur: tantam de hæreditate parentis accipientes partem, quanticunque sint, quantam eorum parens si viveret habuisset: quam successionem *in stirpes* vocavit antiquitas, in hoc enim ordine gradum quæri nolumus, sed cum filiis & filiabus ex præmortuo filio aut filia nepotes vocari sancimus, nullâ introducendâ differentiâ sive masculi, sive fœminæ sint, & seu ex masculorum seu fœminarum prole descendant, sive suæ potestatis, sive sub potestate sint constituti.] Ex hac Constitutione aliqua sunt certa, aliqua remanent dubia.

400. Certum est 1. Descendentes, sive sint sive non sint in patria potestate constituti, sive immediati sive mediati, sive mares sive fœminæ, vocari ad successionem, exclusis penitus tam ascendentibus quàm lateralibus, quantumvis gradu proximiore conjunctis.

401. Certum est 2. Si descendentes sint in eodem gradu existentes, succedere in portiones viriles, seu in capita; & si habeant ex illis aliqui etiam proles, has à suis parentibus existentibus excludi.

402. Certum est 3. Si tamen ex immediatè descendentibus aliquis decessisset, relictâ prole, hanc jure repræsentationis accipere totam portionem, quam parens accepisset si supervixisset, adeoque partem virilem, & æqualem portionibus cæterorum immediatorum.

403. Certum est 4. Si immediatus defunctus plures liberos reliquisset, hos non in capita cum immediatis succedere, sed in stirpes, hoc est, inter illos esse dividendam illam portionem partémque virilem, quam parens accepisset, si vixisset.

404. Ratio seu congruentia præferendi descendentes reliquis, hæc redditur, quia filius repræsentat patrem aut matrem tanquam imago illius, & per liberos perpetuatur memoria parentum, à quibus sicut accipit substantiam sui individui, sic convenit, ut etiam accipiat substantiam bonorum, sicq; meminisset, cui se suáque deberet. *lege* liberorum in f. ff. de V. S. ibi. *Etenim idcirco filios filiásve concipimus atque edimus, ut ex prole eorum earumvè diuturnitatis nobis memoriam in ævum relinquamus.*

405. Hæc ratio quia etiam de posthumis procedit, hinc est quòd etiam posthumi succedant perinde ac jam nati, modò tamen & ipsi vivi nascantur. Quæ dicta sunt, procedunt, ut æqualiter succedant liberi, qui ex eodem matrimonio sunt nati; sin autem ex diverso, liberi diversi matrimonii succedunt parentibus suis præ omnibus, in bonis dotalibus illius matrimonii, & lucris nuptialibus illius. *l. 9. C. de secund. nupt.* & auth. ad eos. ibid. *Ad eos solos etiam nunc pertinet, & si quis ex eis præmoritur relictâ sobole, portio ejus ad eam defertur.* Idem habetur *Nov. 22. c. 29.*

§. II. An

§. II.

An Jus repræsentationis in descendentibus in infinitum extendatur.

406. Sejus, ex: ca. habuit duos filios, Sempronium & Cajum. Sempronius relicto filio moritur ante Seium, imò & hic ipse filius iterum relicto filio moritur, & hîc iterum filio relicto (qui erit abnepos Seii) moritur ante Seium, quæritur, an hîc abnepos Iure repræsentationis succedat Seio unà cum Caio adhuc existente. Bartolus in *L. 1. §. 5. ff. de suis & legit.* contendit, hoc Ius repræsentationis non extendi ultra pronepotem, adeoq; abnepotem exclusum iri à Caio. Eundem secuti sunt Ang. Faber, & videri alicui posset eandem fortiter tueri Ant. Gomez *Resol. to. 1. c. 1. n. 15.* qui sic incipit. *Item adde, quòd prædicta repræsentatio non datur, nec habet locum nisi usque ad pronepotes.* Deinde hoc probat per integram columnam. Repente tamen invertit, & oppositum tenet, ut videri posset inter scribendum mutâsse sententiam, & meritò, quia contraria verior est. Itaque

407. DICENDUM est, Iure præsentationis gaudere quosvis descendentes etiam abnepotes & ultrà, & ad successionem cum propinquioribus descendentibus admitti. Imprimis autem ità statuit Justinianus in *§. ultimo Inst. h. t.* ibi. [Nostrâ autem constitutione promulgatâ toti Iuri ejus derogatum est, & sanximus, talibus nepotibus ex filia, vel pronepotibus ex nepte, & deinceps superstitibus agnatos nullam partem mortui successionis sibi vindicare.] Sed quia in hoc passu debet semper præ omnibus attêdi relata Novella, sanè illa in versu *sic tamen* satis clarè hoc dicere videtur, si quem descendentium filios relinquentem mori contigerit, illius filios, aut filias, aut alios descendentes in proprii parentis locum succedere. Quæ sanè est extensio indefinita ad omnes descendentes.

408. Probatur deinde ratione. Quia non est major æquitatis ratio, cur nepotes unius descendentium concurrant cum immediato ascendente superstite, & non ulteriores: cur enim illi habeant jus repræsentandi patrem, & non etiam pronepotes & abnepotes? certè in his non minùs propagatur memoria defuncti, quàm in nepotibus, imò magis.

409. Confirmatur. Pronepos decedens ante apertas tabulas, transmittit hæreditatem à proavo sibi relictam in suos liberos, ità ut si ante apertas tabulas moreretur, transmitteret. *L. un. C. de his qui ante apertas tab. hæred. transmitt.* ibi. *Jubemus filios nepotes pronepotes scriptos hæredes, licet ante apertas tabulas defuncti (sive se noverint scriptos hæredes sive ignoraverint) in liberos suos, derelictam hæreditariam portionem transmittere.* Ergo multò magis filius pronepotis repræsentabit suum patrem. Consequentia probatur. Quia repræsentatio faciliùs quàm transmissio introducitur, *ut colligitur ex l. 3. C. de suis & leg. lib. juncta lege 4. C. qui admitti ad poss.* nempe transmissio quæ fit ab ignorante se hæredem esse.

410. Denique non malè argumentatur Gomez. Tantùm reperimus, quòd in linea laterali est coarctata repræsentatio usque ad tertium gradum, & sic usque ad filios fratrum, ut infrà probabitur: atqui in linea descendentium non reperitur aliqua coarctatio repræsentationis: ergo concessa est in infinitum. Propter hæc sententia nostra jam inter RR. ità invaluit, ut non facilè inveneris dissentientem, quamvis in praxi rara sit illius utilitas, cùm vix inveniatur aliquis abavus.

411. Objicitur tamen 1. Quòd in §. 6. Instit. h. t. jam suprà relato tantummodo Nepotum & Pronepotum fiat mentio. Ergo non debet ulteriùs extendi. Respondent Juristæ, exempli causâ tantùm fuisse mentionem factam pronepotum, exempla autem non restringere regulam. Alii meliùs dicunt, ideo non fuisse factam mentionem abnepotum, quia vix unquam tales reperiuntur, qui habeant vivum abavum. Omnium expeditissimè respondetur in hoc puncto standum esse Novellæ 118. quæ, ut suprà monui, decem annis post Institutiones compilatas emanavit, & omnibus anterioribus juribus regulam posuit, in ea autem habetur adjecta part. *Deinceps.*

412. Objicitur 2. *Lex 23. §. 1. ff. de bonis libertorum* ubi nepotes patroni ad liberti successionem non admittuntur, quamdiu filius patroni adest, & additur ratio: *Quia proximum quemque ad hæreditatem liberti vocari manifestum est.* R. Ineptum esse argumentum in negotio successionis à libertis ad parentes, quasi illorum intersit bona sua ad liberos patronorum pervenire, sicut interest parentum ad liberos suos sua bona transferri. Accedit, quòd Ius patronatûs non defeiatur jure hæreditario *arg. l. 7. §. 6. ff. de operis libertorum.* Et sanè argumentum manifestè nimium probaret, ut benè observavit VVurmserus, probaret inquam, repræsentationis jus in successione paterna in descendentibus penitùs nullum esse, nam filio patroni superstite nepotes excluduntur.

413. Objiciet quis 3. Hanc esse quæstionem de casu Metaphysico, cui non debebat prospicere Legislator. In hoc puncto subtiliter advertit Harpprecht, quæstionem hanc utilissimam esse in materia fideicommissi per testatorem descendentibus sive familiæ relicti. Nam hujusmodi fideicommissum devolvitur ad illos, qui post mortem unius è familia primò illud obtinentis, ab intestato tanquam proximiores defuncto succedunt. *L. 32. §. fin. ff. de legatis.* 2. [In fideicommisso quod familiæ relinquitur, hi ad petitionem ejus admitti possunt, qui nominati sunt, aut post omnes eos extinctos, qui ex nomine defuncti

 fuerunt

fuerunt eo tempore, quo testator moreretur, & qui ex his primo gradu procreati sint, nisi NB. specialiter defunctus ad ulteriores voluntatem suam extenderet.] Fingamus ergo fideicommissum ad nepotem tanquam proximiorem esse devolutum, eúmque mori superstitibus pronepotibus & abnepotibus defuncti testatoris fideicommissum instituentis, hîc abnepotes unà cum pronepotibus acquirent fideicommissum, Iure repræsentationis, intrantes in locum suorum parentum.

414. QUÆRES. Quomodo succedant Nepotes diversarum linearum, seu ex diversis filiis jam defunctis. Videri possent succedere in capita, partésque viriles ac æquales, etiamsi ex uno filio essent plures, quàm ex altero: quia non succedunt tunc Iure repræsentationis, sed Iure suo, & jure gradûs proximi, cùm nemo exstet propinquior, ut supponimus. Nihilominus cùm communi respondendum est succedere in stirpes, adeoque si ex uno filio sint v. g. quinque, ex altero unicus nepos, hic recipiet medietatem hæreditatis, & reliqui quinque inter se divident alteram medietatem. Ità docent ex communi Schneidewein, Mynsinger, Manzius, Brederodius, Antonius Perez in tit. *C. de suis & legit. hæred.* & habetur expressè in *l. 2. C. eod. Nepotes ex diversis filiis varii numeri avo succedentes ab intestato non pro virilibus portionibus, sed ex stirpibus succedunt.* Ad rationem dubitandi respondetur cum Perez, eò quòd sint in linea descendenti, magis est, ut inter eos jus repræsentationis videatur perdurare, ex communi illo naturæ voto, & fictâ illâ continuatione dominii, quâ hæreditas adhuc avo vivo pertinuisse videtur ad patrem ipsorum, ac proinde per illius mortem transmitti ad posteros, ità ut non tam avo, quàm patri, aut saltem avo ex jure patris succedere videantur.

415. Extenditur autem hæc regula etiam ad pronepotes, & ulteriores, sed cum debita proportione, quia possunt esse in gradu inæquali, v. g. nepotes ex uno, pronepotes ex diversis nepotibus alterius filii, qui non repræsentant immediatè eundem, sed diversos, unde fieri potest, ut propter inæqualitatem numeri etiam diversas, & inæquales portiones singuli consequantur.

§. III.

Vtrùm Nepos debeat esse conceptus vivo patre, ad hoc, ut ad successionem admittatur.

416. CAsum hunc non vult tractare Card. de Lugo n. 176. quia est magis Metaphysicus, quàm moralis. Verùm casus non est negligendus, qui à Juristis communiter tractatur, & quidem Antonius Gomez n. 10. tale affert exemplum; quando avus decessit, & reliquit filium hæredem ex testamento, vel ab intestato, qui dum esset deliberans, habuit descendentem, & repudiavit hæreditatem patris, tunc ille descendens, quia conceptus est post mortem avi: QUÆRITUR an possit avo succedere, & reverâ sit hæres illius; quem casum etiam ponit Imola, & dicit esse valde notabilem. Secundum exemplum (quod Gomez vocat subtile) sit hoc. Avus exhæredavit filium, & extraneum hæredem instituit, & post mortem avi filius exhæredatus decessit, relicto filio concepto post mortem avi, & postea hæres scriptus repudiavit hæreditatem, quo casu & instanti quo hæreditas fuit repudiata, avus testator videtur decessisse ab intestato, & ex illo instanti hæreditas illius defertur successoribus ab intestato: quæritur ergo an deferatur præ aliis illi nepoti? Habetur hic casus paucis mutatis in lege *si quis filio exhæredato. 6. ff. de injusto rupto irrito facto testam.* [Si quis filio exhæredato, nuru prægnante relictâ decesserit, & extraneum sub conditione instituerit, & pendente conditione post mortem patris, vel deliberante hærede instituto de adeunda hæreditate, exhæredatus filius decesserit, nepos fuerit natus, an rumpat testamentum: & dicemus testamentum non rumpi, cùm nec exhæredari hujusmodi nepos deberet ab avo quem pater præcedebat.] Dixi paucis mutatis. Reverâ enim casus loquitur de nepote jam concepto, sed necdum nato dum viveret avus. sed casus facilè mutatur, & dicitur, fuisse nepotem conceptum post mortem avi.

417. Itaque negativam defendit Ant. Gomez n. 8. circa medium, dicens, se resolvere *Magistraliter.* Gomezio adstipulatur Antonius Perez, & P. Gabr. Vasq. de Testam. c. 4. §. 1. à n. 7. Harpprecht. §. 8. Inst. h. t. n. 4. Bacchovius in Treutl. de success. *th. 1. litt. G. §. an nepos.*

Affirmativam tenet VVurmserus *lib. 3. Tit. 1. contr. 2.* & ante eum Forsterus aliique, quibus cum Treutl. accedit Hunnius q. 11.

418. Cæterùm, aliqui ex sententia negante adhibent tandem limitationem & distinctionem, & dicunt, quòd quidem nepos ex propria persona ad successionem avi non admittatur, si post mortem ejus conceptus sit, ex persona tamen patris quem repræsentat, admittendus sit ex virtute transmissionis, & jure sanguinis. Ità Gomez, & ex eo Vasquez & Ant. Perez, necnon VVurmserus, quam tamen distinctionem explodit Bacchovius. Et ego quoque libenter dicerem hanc distinctionem plus habere subtilitatis, quàm utilitatis, nec credo, quòd Auctores secundæ sententiæ plus velint, quàm talem nepotem succedere jure sanguinis.

419. Censeo itaque hoc sensu veram esse sententiam affirmativam, & talem nepotem verè

verè successurum, etiam in casu quo pater exhæredatus fuisset.

Probatur 1. In hoc negotio præ oculis habenda maximè est Novella 118. ubi cùm Imperator antiqua jura reformâsset, simpliciter, & omni sublato discrimine, filios & nepotes, cæterósque descendentes ad ascendentium successionem vocavit; atqui non dissimulâsset istam circumstantiam conceptionis tempore vitæ avi, si eam necessariam duxisset.

420. Confirmatur. Quia non sine causa videtur dixisse & statuisse Imperator in eadem Novella ut descendentes succedant, *cujuscunque sint gradûs*; voluit ergo & trinepotes suis tritavis succedere, & sic de cæteris, quos moraliter est impossibile conceptos esse tempore tritavi. Talis itaque nepos succedit jure sanguinis, hoc est, quia ex sanguine avi descendit, non enim minùs ex ipsius sanguine descendit, si fuerit conceptus post mortem avi, quàm si fuisset conceptus vivente avo: nunquid enim vita avi conferet aliquid ad influxum illius generationis? unde meritò dixit VVurmserus, nec Imperatorem hoc posse negare, & immeritò irascitur Harpprecht VVurmsero, quòd non erubuerit hoc dicere.

Libenter etiam ex adversariis intelligerem, an non succederet filius patri, qui quidem non fuit vitalis, seu animatus vivente patre, sed sola seminatio facta est à patre, qui statim ante fœtûs animationem defunctus est? quodsi hic tanquam verus illius filius succedit, non jure repræsentationis, aut transmissionis aliquo mediante, sed in propria persona, & jure sanguinis, quidni & nepos?

421. Jura quibus adversarii nituntur, hæc sunt. *l. 6. §. 1 ff. de injusto rupto.* ibi. [Sed hæc ità, si mortis avi tempore in utero nepos fuerit. Cæterùm si postea conceptus est, Marcellus scribit, neque ut suum, neque ut nepotem, aut cognatum ad hæreditatem, vel bonorum possessionem posse admitti.] & §. 8. *Inst. h. t. Suus hæres avo non existit, quia nullo jure cognationis patrem sui patris attigit.* Quomodo enim attigisset, si nunquam illi coëxstitit? Respondetur, hæc jura post Novellam 118. nihil ampliùs urgere. Ratio est, quia antiquo jure ideo non fuit admissus nepos conceptus post avi mortem ad successionem illius, quia lex 12. tab. neminem ex descendentibus vocabat nisi hæredem *suum*: atqui qui vivo avo nondum erat conceptus, is non poterat dici hæres suus, quia ad hoc requirebatur, ut esset in patria potestate illius. Deinde etiam non admittebatur ut cognatus, quia mortuo cognatus non quæritur. Sublatâ igitur differentiâ inter suos & non suos per dictam Novellam, nihil obstat, quominus talis nepos beneficio Novellæ ad hæreditatem vocetur.

422. Advertendum hîc insuper est, adversarios fateri, quòd in pluribus causis talis nepos ad successionem admittendus sit. Primò enim fatentur, quòd succedat in honoribus & dignitatibus. Secundò in contractibus in quibus ab avo vocati sunt descendentes, ut in Emphyteusi. Tertio in Iure Retractûs. Quartò, quando reliquit hæreditatem per substitutionem fidei commissariam. Quintò in Majoratu. De his videatur Gomez.

§. IV.

De successione Nepotis, si parens nolit, aut non possit esse hæres.

423. DUBITATUR. Si filius, hæres suus abstineat ab hæreditate paterna, an nepos avo succedat, si non ut hæres suus (eò quòd pater fuerit hæres suus, & jure civili maneat hæres etiam repudiatâ hæreditate paternâ) saltèm ut agnatus, & excludat tam ascendentes, quàm laterales, concurrátque jure repræsentationis cum filiis, fratribus sui patris, aut matris. Negat Hunnius q. 10. nixus maximè. *l. 1. §. 8. ff. de suis & legitimis hæred.* ubi negatur in *suis* esse successionem. [Sciendum est autem, nepotes & deinceps, interdum etiam si parentes eos mortis tempore præcesserunt, tamen posse suos hæredes existere, quamvis successio in suis hæredibus non sit: quod ità procedit, si paterfam. testamento facto decesserit exhæredato filio, mox deliberante hærede instituto filius decessit, postea deinde repudiavit hæres institutus, nepos poterit suus hæres esse, quoniam nec delata est filio hæreditas.]

424. Contrarium tenet Vaconius, & celeberrimus JC. Christoph. Besoldus th. 11. ut certum supponit, quem sequitur Manzius, idemque asseruit Forsterus. 4. c. 20. n. 8. & seq. & Costaldus apud Besold. Vaconius affert legem 6. C. de legit. hæred. ubi dicitur. *Defunctis suis exstantibus hæredibus, & abstinentibus, vel repudiantibus hæreditatem frater jure consanguinitatis succedere potest.* Respondet Hunnius, hac lege non corrigi priorem, quia solùm dicit, fratrem succedere, non verò nepotem. Verùm contra hoc non malè urget Vaconius, hac ratione futuram pejorem conditionem descendentium & liberorum, quàm agnatorum lateralium. Respondet quidem Hunnius, hoc mirum non esse, quia diversa est liberorum & agnatorum ratio: quòd enim priore agnatorum gradu deficiente succedat proximus, ideo est, quia prior agnatus nunquam hæres fuit: at verò filius tametsi repudians hæreditatem paternam ipso jure hæres fuit: ubi autem alius hæres fuit, non est locus successioni. Ità Hunnius. Hæc tamen responsio si bona esset, inde consequens esset, quòd nec frater defun-

cti Iure agnationis succederet, utpote cujus frater defunctus jam alium hæredem habuerat, nempe filium, qui hæreditatem repudiavit.

425. Besoldus probat suam Sententiam ex lege. 7. *ff. de his qui sui vel alieni juris. Si quâ pœnâ pater fuerit affectus, ut vel civitatem amittat, vel servus pœnæ efficiatur, sine dubio nepos loco filii succedit.*

Ego Sententiæ communi ideo libenter accedo, quia de mente Imperatoris in Novell. 118. satis constat, quòd descendentes voluerit omni modo præferre lateralibus, & quia in casu posito adhuc procedit hujus ratio, nempe memoriæ sui in posteris propagatio, & quia tales verè ex sanguine avi descendunt. Quando ergo pater vel mater repudiat hæreditatem sibi delatam, perinde haberi vult, acsi non existeret in rerum natura, quoad fructum hujus hæreditatis in propria persona; hoc enim illi conceditur à Jure, sed non conceditur ut possit defuncti nepotibus præjudicare, quominus id consequantur, quod consequerentur, si parens defunctus esset ante avum: tunc autem jure repræsentationis nepos hæreditatem consequeretur. ergo & in casu de quo disputatur. Et hanc sententiam debent tenere illi, qui dicunt, hodie non esse opus Successorio edicto. prout communiter asserunt, ut videre licet apud Gudelinum, & Cæphallos to. 1. q. 101.

426. Quæ hactenus de descendentibus legitimè conceptis & natis dicta sunt, procedunt de Iure communi. Certum autem est, in pluribus locis ab hoc jure plurimùm recedi, quod videre est apud Gudelinum & Perez. In Germania constat inter Nobiles receptum esse, ut filiæ modicâ dote contentæ, totam hæreditatem paternam fratribus suis relinquant, & acceptâ dote omni successioni renuntient.

§. V.

De Successione Legitimatorum.

427. Legitimati per subsequens matrimonium æquiparantur legitimis per omnia, ut dictum cùm ageretur de legitimatione, ubi retulimus cap. *Tantas. qui filii sint leg.* Hinc sequitur eos non tantùm succedere in allodialibus, sed etiam in honoribus & dignitatibus. 2. Sequitur, quòd exstante statuto ut fœminæ exstantibus masculis excludantur, comprehendat tale statutum nomine masculorum etiam legitimatos per subsequens matrimonium. 3. Sequitur, quòd succedant etiam in Emphyteusi Ecclesiastica, si parens eam pro se & suis filiis legitimis ab Ecclesia consecutus est. 4. Sequitur eos etiam succedere in feudis. 5. Sequitur eos habere jus retractûs sive protimiseos. Uno verbo matrimonium subsequens purgat omnia vitia, & facit ut veniat etiam nomine eorum, qui dicuntur ex legitimo matrimonio nati, exceptâ fortè Primogenituræ prærogativâ, ut multi putant, quamvis etiam contrarium aliqui doceant. Certè in casu quo illegitimè natus non legitimatur per proximum matrimonium ex quo alius legitimè nascitur, postea tamen hac uxore mortuâ legitimatur per matrimonium cum sua matre, non credo quòd tanquam primogenitus excluderet illum, qui primò legitimus natus est, antequam ille legitimaretur.

428. De legitimatis rescripto Principis aliud constitutum est. Ut enim pro legitimis habeantur, & ab intestato succedant, tria requiruntur. 1. Vt pater justam causam habeat non legitimandi eos per subsequens matrimonium. 2. Vt non habeat tunc liberos legitimos. 3. Vt liberi naturales in sui legitimationem consentiant. Habentur hæc Nov. 89. c. 9. ibi. [Si quis ergo filios legitimos non habens, sed tantummodo naturales, ipsos quidem legitimos facere voluerit, mulierem verò in promptu non habeat, &c. damus ei fiduciam ad legitimum jus educere filios naturales, legitimis non existentibus.] *& c. 11. ibi.* [dum & filii hoc ratum habere velint.] nempe quia non sunt inviti subjiciendi patriæ potestati. Quodsi legitimatio fieret post mortem patris, insuper requireretur, ut patris agnati & cognati citentur & consentiant, quia per mortem patris jam illis quæsitum est jus succedendi.

429. DUBITATUR tamen 1. An isti legitimati succedant cum liberis post legitimationem legitimè natis eidem patri, an verò ab his excludantur, & sic quoad effectum successionis legitimatio evanescat. Hoc ultimum de jure dicendum esse existimat Treutlerus th. 2. litt. h. citans Tyraquellum. fatetur tamen moribus receptum esse contrarium. Nihilominus etiam in puncto juris non est improbabile, quòd talis legitimatio per filios postea natos non evanescat, ut docet Gail, post plurimos quos citat Tyraquellus. eandem tenet Hunnius. Fundamentum præcipuum est desumptum ex regula juris, quòd res perfecta & consumata, quamvis perveniat ad eum casum, à quo incipere non posset, non irritetur. l. 85. §. 1. ff. de R. I. *Non est novum, ut quæ semel utiliter constituta sunt, durent, licèt ille casus exstiterit, à quo initium capere non potuerunt.* & cap. 73. cod. in 6. *Factum legitimè retractari non debet, licèt casus postea eveniat, à quo non potuit inchoari.* ergo etiamsi non succederent legitimati, si legitimatio facta esset jam exstantibus aliis legitimè natis, priùs tamen facta non evanescet, sed proderit legitimatis.

430. Probatur 2. Per talem legitimationem subjiciuntur patriæ potestati, ut dictum & indubitatum est. ergo si postea evanesceret legitimatio, solveretur patria potestas: atqui hic

modu

modus solvendi patriam potestatem nullibi in Iure reperitur. Ergo non est asserendus.

Probatur 3. Quia si opposita sententia vera esset, sequeretur, taliter legitimatum non esse simpliciter, absolutè & verè legitimum, sed sub conditione, & quasi in suspenso, nisi alii legitimi nascantur. Denique, quia ut in tract. de Legibus dictum, beneficia Principis decet esse perpetua, & mansura.

431. Objiciunt. Legitimatio per rescriptum Principis, fieri non potest quando exstant legitimi, ut dictum est: ergo supervenientibus legitimis evanescit: quia quæ ab initio constiterunt, corrumpuntur, & irrita fiunt, cùm in eum casum recidunt à quo incipere non possunt. *L. 98. pr. ff. de verb. oblig.* ibi. [Et maximè secundùm illorum opinionem, qui etiam ea quæ rectè constiterunt, resolvi putant, cùm in eum casum reciderunt, à quo non potuissent consistere.] ℞. 1. Hæc verba non constituere regulam, sed solùm referre aliquotum opinionem. Nos autem regulam in contrarium habemus, eámque paulò antè retulimus. ℞. 2. Hanc, qualemcumque regulam esse permittamus, non esse perpetuam, ut patet ex §. 14. Inst. de legat. ibi. *Papinianus scripsit, utile esse legatum, quia semel constitit, quod & verum est.* (est sermo de legato in diem vel sub conditione, ità ut vivo testatore dies venerit, vel conditio exstiterit) *Non enim placuit sententia existimantium, extinctum esse legatum, quia in eam causam pervenerit, à quo incipere non potest.* Itaque tunc demum potest hæc regula locum habere, quando actus necdum est absolutus, & completus, ut promissio servitutis non est perfecta, nisi accedente patientiâ, quæ loco traditionis est. In perfectis & absolutis non valet, ut patet in Matrimonio, quod utique non dissolvitur superveniente v. g. impotentiâ, quæ si præcessisset, fuisset impedimentum dirimens, quæ est instantia evidens.

432. DUBITATUR 2. Utrum, sicut diximus legitimatos per subsequens Matrimonium comprehendi statuto quo masculi excludunt fæminas, id etiam obtineat in legitimatis per rescriptum Principis. Affirmant plurimi relati ab Andrea Gail. *L. 2. observ.* 140. Contraria tamen senténtia longè communior (ut videre est apud Tyraquell. *L. si unquam. v. suscepit liberos. n. 98.*) & in Camera Spirensi recepta sententia est, tali statuto illos non comprehendi, juxta quam proinde asserendum est, quòd taliter legitimatus succedat cum fæminis æqualiter, nec possit legitimatus contra legitimos pinguiori fortunâ uti.

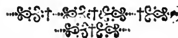
433. Probatur 1. Statuta Iuri communi contraria strictè accipienda & intelligenda sunt, nec ad consequentiam trahenda. *Reg. 28. de R. J. in 6. Quæ à Iure communi exorbitant, nequaquam ad consequentiam sunt trahenda.* & *l. 141. ff. eod. Quod contra rationem Iuris receptum est, non est producendum ad consequentia.* Atqui statutum volens fæminas per mares excludi, est contrarium Iuri comuni, ut patet: & legitimi formaliter & strictè loquendo non appellant legitimatos, sed hi illis æquiparantur per juris fictionem, & Principis favorem, adeoque in consequentiam. Ergo, &c.

Probatur 2. Verba Statutorum (nisi aliud aliundè constet) in sensu & casu vero non ficto accipienda sunt; hæc enim videtur esse mens statuti. atqui legitimatus in casibus à jure non expressis non æquiparatur legitimo, deficiente fictione juris, cùm non sit verè legitimus filius, sed fictus, ergo, &c.

434. Addit Hunnius aliam probationem: quia supervenientibus legitimis evanescit legitimatio: ergo non possunt filiæ legitimæ excludi. In hac probatione immemor sui Hunnius assumit id, quod præcedente folio ad longũ impugnavit, & nos quoque rejecimus: nulla est ergo hæc probatio, sed priores sufficiunt, quæ inde etiam confirmantur, quòd tale statutum inducat quandam exhæredationem, quæ utique est summè odiosa: non est ergo extendendum ad illum casum, ad quem ne extenderetur, facit summa æquitas, quæ in hoc consistit, ne illegitimè nati meliotis conditionis sint, quàm legitimè natæ filiæ.

435. Objicitur. Legitimati rescripto Principis, æquiparantur legitimis quoad successionem, ad hoc enim præcipuè petitur, & indulgetur legitimatio. Ergo non est ratio, quare fæminæ excludantur à legitimato per subsequens Matrimonium, & non etiam legitimati per Rescriptum Principis. ℞. Antecedens non esse universale, sed solùm in casibus à Iure expressis, qualis non est præsens casus, qui non comprehenditur in Iure communi, dum supponit statutum exorbitans à Iure communi. Hinc plures sunt casus, in quibus non æquiparantur, v. g. legitimatus rescripto Principis non succedit in feudis & emphyteusibus, nisi hoc expresè in legitimationis rescripto cautum sit: item beneficium *L. si unquam.* non obtinet in legitimatis, ut tradit Tyraquellus in illam legem. Item legitimatus per rescriptum Principis non consequitur Ius Primogenituræ.

Conclusionem positam vult Andreas Gail n. 20. non procedere, si Princeps voluerit esse legitimum etiam quoad statuta. Verum Andreas Fachineus cum aliis *lib. 6. c. 1. litt. D.* nec tunc putat exclusurum fæminas, eò quòd illa clausula possit locum habere in aliis statutis multis, quæ non excludunt filias legitimas, ità ut legitimatus multis in casibus frui possit beneficiis statutorum de legitimis loquentium, & satis sit privilegium aliquid operari.



§. VI.

De Successione Adoptivorum.

436. DE Adoptivorum differentia actum est tr. 4. quibus suppositis, in præsenti eorum successio tractanda est.

DICENDUM 1. Adoptivus specificè dictus succedit adoptanti ab intestato, sive sit adoptatus ab aliquo ascendente, sive ab extraneo, si duret adoptio: succedit, inquam, indistinctè cum filiis legitimè natis. *L. 5. C. de legit. hæredibus.* ibi. [Si te pater, in cujus fuisti potestate, solenniter in adoptionem dedit, cum filiis naturalibus adoptivi patris ante vel post acquisitis defuncto intestato succedere potes.]

Hinc per consequentiam infertur, quòd si adoptivus solus existeret, excluderet etiam ascendentes, quia succedit sicut legitimè nati: atqui hi illos excludunt, ergo, &c.

437. DICENDUM 2. Si adoptio ab extraneo facta ante mortem adoptantis per emancipationem dissolvatur, cessat etiam Ius succedendi; secùs si adoptio ab aliquo ascendente facta sit, tunc enim Ius succedendi perdurat non obstante emancipatione. *Inst. de adopt.* §. 2. ibi. [Si verò pater naturalis non extraneo, sed avo filium suum dederit in adoptionem, in hoc casu, quia concurrunt in unam personam, & naturalia, & adoptionis Iura, manet stabile Ius patris adoptivi, & naturali vinculo copulatum, & legitimo adoptionis modo constitutum, ut & in familia, & in potestate hujusmodi patris adoptivi sit.] Sicut ergo filii naturales per emancipationem non amittunt Ius successionis per Nov. 118. ità nec talis adoptivus amittet.

438. QUÆRITUR hìc, an taliter adoptatus habeat unà cum jure succedendi adoptanti etiam jus succedendi patri naturali. Et ad hoc respondendum videtur cum Hunnio affirmativè. Quamvis contrarium supponat Casparus Manzius de succ. ascend. n. 31. & Schneidew. ab eo citatus. Nam licèt obstare videatur *lex penult. pr. C. de adopt.* ibi. [& ad eum solum respiciat filius cui eum & natura aggregavit, & lex per adoptionem assignavit, & Papiniani sententia in hac specie procedat, & ad eum tantummodo filius adoptivus spem omnem extendat, & non patris naturalis successionem molestare concedatur, sed avitæ tantummodo & proavitæ reverentiâ protegantur.]

439. Hoc tamen textu non obstante standum est Nov. 118. ubi sancitur, ut descendentes seu liberi cujùscunque naturæ, aut gradûs sint, ad successionem suorum parentum naturalium admittantur: nec est credibile, quòd Imperator non advertisset exceptionem faciendam in contraria sententia, si noluisset adoptatos quoque comprehendere: quandoquidem in aliis casibus eorum tam accuratè meminit. Et hæc de specificè adoptatis.

440. DICENDUM 3. Arrogati, si non emancipentur, succedunt sicut legitimè nati, si verò fuerint emancipati, adhuc succedunt emancipanti in quartam partem bonorum allodialium. (nam in feudis adoptati non succedunt.) §. 3. *Inst. de adopt.* ibi. [Vel vivus sine justa causa emancipaverit, jubetur quartam partem ei bonorum suorum relinquere, videlicet præter bona quæ ad patrem adoptivum transtulit, & quorum commodum ei postea acquisivit.] Loquitur autem textus de arrogato impubere emancipato sine justa causa: & ideo ad alios non est extendendus.

441. DICENDUM 4. Adoptivi non admittuntur ad successionem agnatorum & cognatorum ipsius defuncti. *l. 10. §. 1. v. & ideo C. de adopt.* [Et ideo sancimus, &c. Ut non etiam legitima jura ad familiam extranei patris adoptivi habeat, nec ipsa ad eum communionem aliquam habeat, sed quasi extraneus ità ad illam familiam inveniatur.] Secùs est de arrogato, nam talis familiæ unà cum bonis suis aggregatur, & in patria potestate constituitur. §. fin. eod. [Ubi autem homo sui juris constitutus per arrogationem se dederit in adoptionem, tunc omnia jura patris adoptivi habeat intacta. Cùm enim nullum inter patres inducitur discrimen, sit suus hæres adoptivus patri arrogatori, & familiæ ejus aggregetur.]

§. VII.

De Successione Liberorum Naturalium non legitimatorum.

442. DICENDUM est 1. Si pater intestatus decedens reliquit filios legitimos, isti excludunt penitùs à successione illegitimos, qui tamen ab illis alendi sunt secundùm substantiæ mensuram à bono viro arbitratam.

443. DICENDUM 2. Non minùs ab omni successione repelluntur, si defunctus relinquat uxorem legitimam, etiamsi nullam prolem legitimam relinquat, & etiamsi uxor non succedat.

444. DICENDUM 3. Si verò nec liberos legitimos, nec uxorem legitimam relinquat, succedunt liberi naturales unà cum matre in duas uncias, seu sextam partem bonorum (reliquæ quinque partes aliis agnatis & cognatis cedunt) dividendum in partes viriles, seu capita, ità ut & mater tantum capiat, quantum unus filius. Hæc omnia habentur in *Auth. licet. C. de Naturalib. lib.* ibi. [Ab intestato verò cùm desit soboles civilis, nec supersit conjunx legitima, si naturales ex concubina extant; quæ sola fuerit ei indubitato affectu conjuncta (*ex quibus verbis colligunt, secùs dicendum, si plu-*

si plures habuisset concubinas, in pœnam effusæ libidinis) in duas paternæ substantiæ uncias succedant, ut matri inter eos virilis portio (*si superest*) detur. Hujusmodi enim naturales filios pasci boni viri arbitrio est necesse.]

445. Ratio autem, cur exstante uxore legitimâ, quamvis non succedente, repellantur naturales illegitimi, est assignata ab Hostiensi, & aliis post ipsum, favor & honor Matrimonialis, propter quem noluit lex, quòd vivente uxore legitimâ naturales succedant, ne uxor scandalizetur, & tristitiâ afficiatur.

Intelligunt autem Legistæ dictam authenticam de sobole ex legitimo Matrimonio nata, unde consequens est, quòd si defunctus haberet sobolem legitimatam per rescriptum Principis, aut adoptivum, quòd per istos non repellerentur naturales, quominus in duabus unceis succederent. Ità eam accipiunt Schneidew. n. 10. Brederodius & alii.

Eadem habentur in Novella 18. c. 5. unde illa auth. desumpta est, & eadem formalia repetuntur in *Nov.* 89. c. 12. §. *si quis autem defunctus*. in quibus omnibus semper nominatur *soboles legitima*.

446. Controversia in præsenti est, quomodo succedant naturales illegitimi avo paterno, sive pater fuerit filius legitimus sive naturalis. v. g. Sempronius genuit filium Caium ex justis nuptiis. Hic habet ex concubina filium, moritur Caius ante Sempronium, deinde moritur avus, quæritur an & in quantum succedet nepos illegitimus saltèm jure repræsentationis.

447. P. Ludovicus Molina *disp. 166. n. 8. prope finem* habet hæc verba. Observa etiam, quando nepos naturalis esset ex filio legitimo, uxorem avi legitimam esse superstitem, nequaquam impedire, quominus nepos naturalis succedat avo ab intestato, quin potiùs simili modo succedere eidem uxori, quæ ipsius est avia. Quod de nepotibus dictum est comparatione avorum, intelligendum est de pronepotibus comparatione proavorum, ut ex lege citata constat. Ità Molina. Sed ex qua lege citata hoc constet, non invenio, nisi Molina aliquam legem *Tauri* intelligat. Nam lex ultima *C. de Natur. lib.* (quam superiùs adduxerat) huic doctrinæ est contraria, ut patebit. Deinde Molina videtur in relatis verbis successionem quandam universalem attribuere nepoti naturali ex filio legitimo, quia nullam limitationem ponit, hoc autem à nullo alio DD. invenio assertum, nec ullo jure probari potest. Videamus nunc quid Juristæ in hoc puncto sentiant.

Aliqui ergo docent, talem nepotem successurum avo in duabus unciis. Ità post Baldum docet imprimis Covarruvias *ad lib. 4. decretal. p. 2. c. 8. §. 4. n. 10.* Salycedus. *in L. fin. C. de Naturalib. liber.* Michael Grassus *in §. Successio. q. 18. n. 3.* & Heigius *in 1. tit. Instit. lib. 3. c. 5. n. 117.*

448. Alii simpliciter negant talem nepotem in quoquam successurum avo, sive suus pater fuerit legitimus filius, sive naturalis. Ità communior habet sententia, quam magis in terminis tradit Joan. Schneidewein *in tit. 1. lib. 3. Inst. de succes. lib. Nat. n. 13.* his verbis. [Limitatur, ut non procedat in liberis naturalibus secundi, vel ulterioris gradus, ut nepotibus, & pronepotibus, quia hi avo & proavo paterno ab intestato non succedunt. Veluti si quis habeat ex filio legitimo nepotem naturalem tantùm, is loco sui patris in duabus istis unciis non succedit. Idem, si filius naturalis tantùm procreâsset ex uxore filium naturalem & legitimum. Nam is nepos avo ab intestato quoque non succedit.] *lege fin. C. de Naturalib. lib.* Hæc Schneidewein, cui tamen in postremo asserto non video alios assentientes, nec video quare non gaudeat talis nepos Jure repræsentationis quoad duas uncias. Eandem sententiam tenet Harpprecht plures citans n. 266. [Ob id, (vitium concubinatûs) inquit, nepotes, ac pronepotes naturales digni non judicantur, ut ab intestato ex bonis avi, vel proavi paterni aliquid consequantur: maximè cùm de domo & familia patris non sint, atque arma, & insignia familiæ non ferant.] Subscribit etiam Hunnius. q. 27. Item Casparus Manzius *in libel. de Success. ab intest. dissert.* 2. n. 82.

449. Existimo 1. Quòd juris apicibus attentis posterior sententia sit verior. Nam lege fin. cit. cum Justinianus dixisset, naturales liberos succedere in sextantem, subjicit §. fin. hæc verba. *Iura enim ab intestato in avi successionem nemini eorum penitus aperimus.*

Neque priori sententiæ patrocinantur illa verba ejusdem legis *in fine*. *Et hæc non solùm eis accedere censemus à substantia avi paterni naturalis, vel etiam proavi & ejus cognationis.* Nam ad hoc optimè respondet Hunnius, hæc verba ad successionem testamentariam, non verò ad legitimam referenda esse. Subjicit enim Imperator. *Sed hoc in his tantummodo sancimus, in quibus voluntate aliquid consecuti sunt.*

450. Existimo tamen 2. attentâ æquitate priorem sententiam esse in praxi observandam. Vt in terminis monet alios citans Grassus, & Covarruvias. Salycetus etiam dicit, esse hanc sententiam æquiorem, & dat hanc rationem; nam ideo hîc clauditur via nepotibus naturalibus, quia & filiis naturalibus, si igitur in aliquo aperitur filiis naturalibus, idem & nepotibus naturalibus.

451. DICENDUM 4. Filius naturalis, non solùm quando solus existit, sed etiam quando existit unà cum legitimis ejusdem matris, v. g. quos in legitimo Matrimonio cum alio celebrato acquisivit, æqualiter in bona materna succe-

succedit, ac proinde quoad hanc successionem nihil differt à legitimis, adeo ut etiam inofficiosi querela illi conveniat: quod verum est, etiamsi Mater illustris esset. *L. penult. C. ad S.C. Orfit.* ibi. [Sancimus, eandem matris progeniem (*erat naturalis illegitima*) hæredem ab intestato ei posse existere, salvo jure legitimo ex auctoritate S. C. Orfitiani proli servando.] *Et l. 6. pro fin.* [Sin autem concubina (*illustris*) liberæ conditionis constituta, filium, vel filiam ex licita consuetudine ab homine libero habita procreaverit, eos etiam cum legitimis liberis ad materna venire bona, quæ Iure legitimo in suo patrimonio possidet, nulla dubitatio est.

452. DICENDUM 5. Filius naturalis succedit etiam in bonis aviæ maternæ, aliisq; ascendentibus per lineam maternam. *L. 8. ff. Vnde cognati.* [Modestinus respondit, non ideo minùs ad aviæ maternæ bona ab intestato nepotes admitti, quòd vulgò quæsiti poponuntur.]

§. VIII.

De Successione Spuriorum, & ex damnato coïtu genitorum.

453. REpetenda est distinctio jam alibi tradita inter Spurios prout accipiuntur à Iure Civili; & prout accipiuntur à Iure Canonico. Jure Civili generaliter illi omnes Spurii intelliguntur, qui ex vago concubitu nati sunt; specialiter verò dicuntur Spurii illi, quorum mater publica meretrix est, quæ cum multis viris indifferenter consuetudinem habuit, & à confusione seminis originem traxit.

Vocantur etiam *vulgo quæsiti*, quasi ab incerto patre prognati. *L. vulgo quæsiti. ff. de statu hominum.* Hujusmodi Spurius ad successionem matris Illustris non admittitur, si alii liberi legitimè nati existant. l. 5. C. ad S. C. Orphit. Si qua illustris mulier filium ex justis nuptiis proceraverit, & alterum spurium habuerit, cui pater incertus sit, &c. Sancimus, ut neque ex testamento, neque ab intestato, neque ex liberalitate inter vivos habita, justis liberis existentibus aliquid penitùs ab illustribus matribus ad spurios perveniat.]

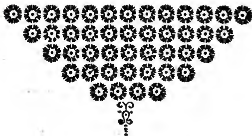
De Iure Canonico tamen omnes hujusmodi veniunt nomine Naturalium, qui geniti sunt ex parentibus, inter quos tempore conceptionis, aut nativitatis nullum erat impedimentum dirimens. Colligunt hoc Canonistæ ex eo, quòd in cap. *Tanta qui filii sint leg.* nullâ factâ distinctione statuatur, filios legitimari per subsequens Matrimonium, modò (ut ibi additur) non essent Spurii, quia alter eorum erat conjugatus. Et sanè meritò hæc extensio facta est, ut benè notavit Molina, quia longè detestabilior est publicus concubinatus cum fœmina instar uxoris in contubernio retenta, quàm fortuitus, ac vagus coïtus cum ea quæ domi non retinetur.

454. In præsenti negotio, præter illam differentiam, quam jam dedimus circa matrem illustrem, cæteroquin nulla est, saltèm si constet de patre, sed omnes eodem modo succedunt patri & matri, quo illi, qui Iure Civili dicuntur naturales, in sensu strictiore: omnes, inquam, qui Iure Canico pro naturalibus habentur, ut jam dictum. Vnde Spurii isti jure civili sic dicti, hoc est vulgò quæsiti, succedunt matri ab intestato, non aliter, acsi ex legitimo Matrimonio nati essent. §. *Novissimè. Instit. de S. C. Orphitiano.* [Novissimè sciendum est, etiam illos liberos, qui vulgò quæsiti sunt, ad matris hæreditatem ex hoc S. Consulto admitti.]

Quod attinet ad Spurios strictè & in sensu Iuris Canonici sumptos, illi nec patri, nec matri, nec ascendentibus per lineam paternam, vel maternam ab intestato, vel ex testamento succedere possunt. *Novell. 74. C. fin. & 89. C. fin.* ibi. [Omnis qui ex complexibus, aut nefariis, aut incestis, aut damnatis processerit, iste neque naturalis nominatur, neque alendus est à parentibus, neque habebit quodquam ad præsentem legem participium.]

Quod dicitur, non esse alendum, non est ità crudè accipiendũ, quasi Justinianus voluisset repugnare Iuri naturali, sed est intelligendum de alimentis, sine quibus vel propriâ industriâ & labore, vel aliquâ aliâ licitâ viâ possent vitam conservare, ut notavit Molina d. 368. quem in hoc puncto laudat Joannes Harpprecht. Illa ergo alimenta, sine quibus vitam sustentare non possent, parentes primo loco subministrare tenentur.

455. Ex dictis inferunt Interpretes communiter contra Petrutium Perusinum & Corneum, liberos ex damnato complexu progenitos, sicut ascendentibus non succedunt, ità etiam à successione transversalium, & econtra laterales ab eorum successione excludi. Ratio potissima est, quia successio defertur ordine successivo, cujus initium est successio in matris bonis: ergo hac sublatâ censetur Ius reliquam successionem tollere voluisse, quod satis expressit, quando tales nec filiorum nomine dignos, pronuntiavit.



CON-

CONTROVERSIA III.

De Successione Ascendentium.

SUMMARIUM.

HÆreditas defertur secundo loco Ascendentibus. 457.
Hoc procedit 1. *tam de Matre, quàm de Patre.* 458.
Procedit 2. *tam de Emancipatis, quàm non Emancipatis.* 459.
Procedit 3. *etiam de Legitimatis rescripto Principis.* 460.
Procedit 4. *de filio posthumo.* eod.
Pater adoptivus extraneus non succedit filio adoptato. 461.
Arrogator impuberem adoptans arrogato non succedit si moriatur impubes. 462.
Quandocunque ad matrem spectat providere Tutorem impuberi, & non providet, & impubes decedit, non succedit. 463.
Pater & Mater, nullis existentibus fratribus, æqualiter succedunt. 464.
An hæc æqualitas observetur in omnibus bonis filii. 465.
An pater vel avus, filio vel nepoti ab intestato defuncto, & in potestate constituto, unà cum avo materno, aut matre succedens, præter suam portionem, quam pleno jure consequitur, etiam usumfructum obtineat ad tempus vitæ, ejus portionis quam mater aut avus maternus consequitur. 471.
Propinquior ascendens excludit remotiorem, nec hic gaudet Iure repræsentationis. 473.
Succedunt in stirpes, si plures in æquali gradu diversarum linearum succedunt. 475.
Fratres & Sorores Germani succedunt unà cum ascendentibus in gradu proximiori in capita. 476.
Vterini & consanguinei non succedunt cum ascendentibus uterino, aut consanguineo. 477.
Filii fratrum cum ascendentibus, & fratribus concurrunt, sed jure repræsentationis in stirpes. 478. 480.
Ex concursu, vel non concursu alterius potest variari modus succedendi in capita, vel in stirpes. 481.
Quomodo ascendentes numero impares succedant in casu quo nulli Fratres concurrunt, sed soli filii Fratrum. 482.
Frater naturalis succedit naturali ex ijsdem nato unà cum matre æqualiter. 483.

456. DE hac exstat caput 2. Novellæ 118. præ oculis & pro regula habendũ. Sic habet. [Si igitur defunctus descendentes quidem non relinquat hæredes, pater autem, aut mater, aut alii parentes ei supersint, omnibus ex latere cognatis hos præponi sancimus, exceptis solis fratribus ex utroque parente conjunctis defuncto, sicut per subsequentia declarabitur. Si autem plurimi ascendentium vivunt, hos præponi jubemus, qui proximi gradu reperiuntur, masculos & fœminas, sive paterni, sive materni sint. Si autem eundem habent gradum, ex æquo inter eos hæreditas dividatur, ut medietatem quidem accipiant à patre ascendentes, quanticunque fuerint: medietatem verò reliquam à matre ascendentes, quantoscunque eos inveniri contigerit. Si verò cum ascendentibus inveniantur fratres aut sorores ex utrisque parentibus, conjuncti defuncto, cum proximis gradu ascendentibus vocabuntur: si autem pater aut mater fuerint, dividendâ inter eos quippe hæreditate secundùm personarum numerum, uti & ascendentium & fratrum singuli æqualem habeant portionem, nullum usum ex filiorum aut filiarum portione in hoc casu valente patre sibi penitùs vindicare: quoniam pro hac usûs portione hæreditatis Ius & secundùm proprietatem per præsentem dedimus legem. Differentia nulla servanda inter personas istas: sive fœminæ, sive masculi fuerint, qui ad hæreditatem vocantur: & sive per masculi, sive per fœminæ personam copulantur.] Pro horum elucidatione sit

§. I.

Quomodo succedant Ascendentes nullis existentibus Fratribus, aut Sororibus defuncti.

457. REGULA 1. est, hæreditatem defuncti ab intestato deferri secundo loco, id est, deficientibus descendentibus tam immediatis, quàm mediatis, ascendentibus, si præter communem naturæ cursum, votúmque parentum contingat, ut liberi ante parentes è vita discedant, unde natum est illud vulgare

Ordine turbato, succedis, Bulgare, nato.

Appellatione parentum venit etiam avus, avia, proavus, proavia, utriusque sexûs in infinitum ascendentes.

458. Procedit autem REGULA 1. tam de matre, quàm de patre, in quo correxit Justin. Imper. Ius antiquum. Nam imprimis ex lege 12. tabul. Mater omnino excludebatur à successione filiorum. *pr. Inst. de S. C. Tertyll.* Deinde de Iure prætorio in tertio ordine, nempe cognatorũ admittebatur. *Ibid. Nisi quòd prætores ex proximitate cognatorũ eas personas ad successionem bonorũ possessione* unde cognati *accommodatâ vocabant.* Ex Rescripto etiam Claudii Imp. in eo casu quo mater amittebat liberos in acie, & ex S. C. Tertyll. tunc tantùm, si ingenua, tres, & libertina quatuor liberos peperisset, in præmium fœcunditatis admittebatur. Nunc ergo æqualiter Mater cum patre vocatur, & meritò, nam, ut habetur in *L. 14. C. de legitimis hæred.* [Cùm ad ipsarum Mulierum successionem masculi jure agnationis vocentur, quis patiatur earum quidem hæreditatem

tatem ad eos legitimo jure deferri, ipsas verò nec invicem sibi, nec masculis eodem jure posse succedere, sed propter hoc solum puniri, quòd fœminæ natæ sint.]

459. Procedit REGULA 2. Tam de emancipatis, quàm non emancipatis. ubi obiter notandum, in exemplari majoris formæ Corporis glossati errorem irrepsisse, dum in fine cap. 2. Novellæ 118. legitur. *Sive suæ potestatis, sive sub potestate sint ejus cui succedunt fratres.* quæ verba me longo tempore turbârunt. quomodo enim possunt ascendentes esse in potestate descendentis? in aliis exemplaribus correctus est error, & legitur. *Sive suæ potestatis, sive sub potestate fuerit is, cui succedunt.*

460. Procedit REGULA 3. Etiam de liberis legitimatis rescripto Principis. Nam ut suprà vidimus, isti succedunt parentibus sicut legitimi: ergo æquum est, ut parentes illis succedant. Ob eandem rationem idem de adoptivis dicendum. & quia suprà cum Hunnio putavimus, adoptatum ab ascendente non solùm succedere adoptanti, sed etiam patri naturali (quod etiam tenet Harpprecht) ideo in præsenti quoq; dicendum videtur, tali filio utrumque patrem tam legitimum, quàm naturalem succedere. (De arrogatis, & adoptatis ab extraneo dicetur postea.) Ob eandem rationem patet, Matrem succedere filio naturali non legitimo, sicut hic succedit matri. Quia verò filius illegitimus patri non succedit nisi admodum limitatè, tum quoad substantiam tum quoad circumstantias, ut suprà vidimus, ideo mirum non est, si pater filio illegitimo cum ijsdem limitationibus succedat ab intestato: nempe si nec legitimos liberos habeat, nec uxorem legitimam, & non nisi in duabus unciis. *Nov.* 89. *c.* 13. ibi. [In quibus casibus naturales filios vocavimus ad successionem, in ijs quoque & ipsi decentem naturalibus devotionem servent, eâdémque mensurâ sicut parentes prospiciunt naturalibus liberis, secundùm nostram legem & ipsi parentibus compensent, sive in successionibus, sive in alimentis.] Imò mirum mihi non esset, si Imperator patri etiam hanc successionem negâsset; quia vitium & culpa non est filii, sed patris, nec proinde commiseratione aut favore dignus est, ut filius: sed Imperator ità statuendi causas habuerit, quas ego non perspicio. Hinc denique constat quid, juxta superiùs dicta, de Spuriis, & ex damnato coïtu natis dicendum sit.

Procedit REGULA 4. Etiam in filio posthumo; unde Card. de Lugo n. 178. deducit notabilem casum. si mater in puerperio moriatur, filius tunc vivus natus succedit matri. qui si statim post matrem moriatur, transfert ad patrem superstitem bona matris.

461. REGULA 2. Pater adoptivus extraneus non succedit filio adoptato. *lege pen.* §. 1. *C. de adopt.* quem textum retuli tr. de adopt. & ratio regulæ est. nam licèt cæteroquin soleant successiones esse vicissitudinariæ (ut hactenus vidimus) in præsenti tamen æquitas postulat, ne pater naturalis retinens filium in sua potestate per simplicem actum civilem successione privetur, quæ ipsi commiserationis causâ, ex ordine naturæ turbato conceditur, quod fieret, si pater adoptivus succederet. Præsertim cùm hic modus adoptandi non inducat ullam obligationem aliquid in testamento relinquendi, & liberum sit emancipare adoptatum, sicque etiam jure omni successionis privare: cùm econtra non esset in potestate adoptati, rationem filiationis abjicere, & patrem adoptantem successione privare, si hic ad successionem admitteretur.

462. REGULA 3. Arrogator, qui impuberem sui juris in suam potestatem familiamque adoptione redegit, arrogato non succedit, si hic moriatur adhuc impubes. Ratio redditur ex dictis *de Adopt.* quia in tali adoptione debet arrogator cautionem præstare, quòd si adoptatus infrà annos pubertatis decesserit, bona illius velit restituere illis, qui succederent ab intestato, si adoptio facta non esset. Succedit tamen, si pubes, non emancipatus, nec filios relinquens legitimos decedat. §. 2. *Inst. de acquis. per arrogat.* ibi. [Mortuo autem filio arrogato in adoptiva familia, etiam dominium rerum ejus ad arrogatorem pertransit, nisi supersint aliæ personæ, quæ ex constitutione nostra patrem in iis quæ acquiri non possunt antecedant.] Hinc dubitatur, an ascendentes naturales, & fratres ex utroque parente conjuncti, si existant, excludant patrem adoptivum. Affirmat Jo: de Platea & Mynsinger in d. §. Communior tamen Sententia tenet, quòd ascendentes naturales succedant unà cum patre arrogatore & fratribus, si exstant, quod sanè generalibus regulis conformiùs dicitur.

463. REGULA 4. Quandocunque ad Matrem spectat providere impuberi de Tutore, & non providet, & filius decedat impubes, privatur mater jure successionis. §. 6. *Inst. de S. C. Tertyll.* ibi. [Quod si tutores liberis non petierint, vel in locum remoti vel excusati intra annum petere neglexerint, ab eorum impuberum morientium successione meritò repellentur. & l. 6. C. eod. Omnem matri sive ab intestato, sive jure substitutionis, si filius impubes moritur, denegandam volumus successionem, si ea, legitimâ liberorum susceptâ tutelâ, ad secundas contra Sacramentum præstitum aspiravit nuptias, antequam ei tutorem alium fecerit ordinari, eique quod debetur ex ratione tutelæ gestæ persolverit.

464. REGULA 5. Si parentes primi gradûs supersunt, pater & mater, & soli exstant, nullis existentibus fratribus, succedunt æqualiter; in quo iterum correctum est jus antiquum, quo

quo pater exclusit matrem tanquam agnatus cognatam. Procedit Regula, etiamsi filius non sit emancipatus: quia commiserationis causa etiam tunc locum habet.

465. Controversum tamen est 1. An hæc æqualitas observetur in bonis quibusvis filii, tam in profectitiis, quàm adventitiis, castrensibus & quasi. & quidem quod attinet ad bona Castrensia & quasi, item ad bona adventitia ab extraneo, in his illos æqualiter succedere non est causa dubitandi. Controversia tota est, an æqualiter succedant in illis bonis, quæ ab ipso patre vel matre profecta sunt, seu à linea paterna aut materna. Neque tamen est Sermo de illis bonis profectitiis, quæ adhuc pleno jure sunt patris, hæc enim ad solum patrem pertinent: sed de illis, quæ pleno jure filio sunt appropriata.

466. Prima Sententia negat in his æqualem successionem, & vult, ea quæ per lineam paternam ad filium pervenerunt, ad solum patrem reverti, & ad solam matrem ea quæ per lineam maternam. Hanc tenet Schneidewein citans Bartolum, Ang. & Paulum de Cast. eandem tenet Petrus Gregorius Tholosanus *Syntagm. p. 3. lib. 1. c. 9. n. 11.* Tyraquellus. *Comm. de retract.* Borcholdt *de gradibus. p. 229. & seq.* Vulteius *princ. Inst. h. t.* Matthias Berlichius *p. 3. Concl. practicab. concl. 20. n. 14. & seq.* & alii.

Secunda Sententia affirmat. Ità ex Theologis Gab. Vasq. *c. 4. §. 2. dub. 2. n. 20.* Molina *d. 163. n. 5.* Card. Lugo *d. 24. s. 8. §. 3. n. 182.* Ex Juristis eam tenent post Baldum Nicolaus de Vbaldis *de succes. ab intest. p. 2. n. 4.* Mynsinger *cent. 6. obser. 55. n. 3.* asserens hanc Sent. observatam esse à Camera Imperiali. Fachinæus *l. 6. c. 4.* Antonius Faber. *tr. 14. q. 3.* Petrus Barbosa *ad l. post dotem. n. 67.* VVesenbecius *in Schneid.* Treutlerus, Hunnius & Harpprecht, citans plures quos videre non potui. Forsterus *l. 7. c. 4. n. 12.* Grassus *q. 22. n. 5.* Bachovius *in Treutl. d. 16. th. 4. litt. c.* Casp. Manzius *à n. 17.*

Hujus sententiæ sicut major est auctoritas, ità & fundamentis melioribus innititur. Probatur 1. & principaliter ex relata Nov. 118. ubi nullo facto discrimine constitutum est, ut si plures ascendentes concurrant ad successionem descendentium æqualiter succedant, illis verbis. *Si autem eundem habuerint gradum, ex æquo inter eos hæreditas dividatur, ut medietatem quidem accipiant omnes à patre ascendentes, quanticunque fuerint, medietatem verò reliquam à matre ascendentes.* Quodsi Imperator voluisset fieri bonorum Separationem, debuisset id claris verbis exprimere, ut præstaret, quod sibi proposuit, omnes scilicet ab intestato successiones clarè disponere.

467. Probatur 2. Vndecunq; bona provenerint, ità fiunt propria filii, ut cum aliis bonis consolidentur, & adæquatū patrimoniū constituant, & eo mortuo hæreditatis nomine veniunt. L. 52. ff. de R. J. *Hæreditas nihil aliud est, quàm successio in universum Ius, quod defunctus habuerit.* Textus etiam elegans habetur in *L. 10. §. 2. ff. de vulg. & pup. subst.* [Filio impuberi hærede ex asse instituto substitutus quis est: exstitit patris filius hæres, an possit substitutus separare hæreditates, ut filii habeat, patris non habeat? non potest, sed aut utriusque debet hæreditatem habere, aut neutrius, NB. juncta enim hæreditas cœpit esse.] Ergo nec ascendentes succedentes possunt facere hujusmodi separationem.

468. Probatur 3. Ex contraria sententia sequitur, quòd proximus ascendens non excluderet remotiorem, saltèm respectu illorum bonorum quæ à remotioribus advenerunt filio, v. g. si parentes paterni essent remotiores, adhuc unà cum proximioribus maternis succederent, quia caperent illa bona, quæ ex linea paterna ad filiū pervenissent. hoc autem repugnat Novellæ, ut legenti patet.

469. Objiciunt adversarii argumentum à paritate desumptum. Quando defunctus habet superstitem fratrem uterinum tantùm, vel fratrem consanguineum tantùm, tunc in bonis maternis uterinus, in paternis consanguineus succedit. *L. 13. C. de legit. hæred.* Ergo idem in ascendentibus dicendum. ℞. Negando paritatem. disparitas desumitur ex suprà dictis, quia ad filios perveniunt bona parentum ex voto parentum, non econtra bona filiorum ad parentes ex voto filiorum, sed ex commiseratione, ut habetur *L. 7. & §. fin. ff. si tab. test. nullæ exstab.* sup. adductâ. hæc fuit causa aliter disponendi in successione lateralium, ut constabit ex dicendis.

Objiciunt etiam 2. §. 1. *Inst. per quas person. nobis acquiratur.* ibi. [Sancitum enim à nobis est, ut si quid ex re patris ei obveniat, hoc secundùm antiquā observationem totum parenti acquiratur.] ℞. Hunc locum loqui de bonis profectitiis, quorum plenum Ius apud patrem manet, quod nihil facit ad præsentem quæstionem.

470. Objiciunt 3. ex lege 3. *C. de bonis quæ liberis.* ibi. [Sin autem idem nepos, superstitibus tam patre, quàm avo paterno diem suum sine liberis obierit, eorum dominium, quæ ad ipsum ex matre, vel ab ejus linea pervenerint, non ad avum, sed ad patrem ejus perveniat, usufructu videlicet hujusmodi casibus avo (*dum superit*) reservando.] Non video, quomodo adversarii, vel ad apparentiam possint ex hoc textu suam sententiam exsculpere: (quamvis etiamsi exsculperent, Novella 118. prævaleret) Quæstio enim præsens est non de patre & avo paterno (qui sunt ejusdem lineæ) sed de concursu duarum linearum, & quidem de concursu personarum in eodem gradu existentium.

471. Controversum est 2. An pater, vel avus, filio vel nepoti ab intestato defuncto, & in patria potestate constituto, unà cum matre, aut avo materno succedens præter suam portionem, quam pleno jure consequitur, etiam usumfru-

ctum obtineat ad tempus vitæ ejus portionis, quam mater aut avus maternus consequitur. Ne autem quæstiones confundantur, certum est, quòd mortuo filio pater retineat usumfructum, quem jam ante mortem in bonis adventitiis filii, undecunque provenerint, etiam à matre, habuit. sed dubitatur, an usumfructum de novo acquirat in illa portione, quæ in successione matri cedit. Affirmat Fachineus *l. 6. c. 6.* quem sequitur Harpprecht, qui Fachineum de verbo ad verbum describit. Mihi tamen probabilior est sententia negativa, quam secutus est Senatus Pedemontanus, & defendit Hunnius q. 35. Fundamentum pro hac sententia adducitur ex relata Nov. ibi. *Nullum usum ex filiorum aut filiarum portione in hoc casu valente patre sibi penitùs vindicare.* Respondet Fachineus, & ex eo Harpprecht, auferri patri usumfructum ex portione filiorum, non autem matris, quia scilicet vocatur ad successionem, ad quam aliàs non erat vocatus secundùm antiquas leges, de matris autem portione nullum verbum. Verùm ut taceam, quòd nulla appareat ratio cur patri auferatur usufructus in portione filiorum, hoc est fratrum defuncti, & non etiam negetur in portione matris. satis efficaciter aliud colligitur ex verbis Novellæ, ubi sancitur, quòd si diversarum linearum parentes concurrant, si quidem eundem habuerint gradum, ex æquo succedant, ut medietatem capiant ascendentes in linea paterna, & medietatem alteram ascendentes in linea materna. atqui (ut acutè subsumit Hunnius) si pater præter medietatem bonorum & facultatum defuncti, etiam usumfructum consequeretur in portione matris, jam non succederent æqualiter pater & mater, ut per se patet. Sanè si Iustinianus voluisset, patrem totius patrimonii usumfructum retinere, saltèm in casu quo nulli fratres concurrerent, utique id tanquam valde memorabile expressisset.

472. Non nego pro Adversariis multùm facere legem ult. *C. ad S. C. Tertyll.* §. 1. *v. sine verò defuncta persona.* Verùm nec adversarii negare possunt huic legi derogari per Novellam, saltèm quoad portionem fratrum. Nos autem dicimus derogari etiam quoad portionem matris, quia hujus est major ratio.

473. REGULA 6. Quando in ordine ascendentium exstant plures disparis gradûs diversarum linearum, tunc qui propinquior est excludit remotiorem, nullo illi repræsentationis jure concesso, sicut conceditur descendentibus. v. g. si defunctus post se relinquat patrem, & avum maternum, vel econtra, si relinquat matrem, & avum paternum, solus pater in priore casu, & sola mater in secundo casu succedit. Hoc dicit Novella illis verbis. *Hos præponi jubemus, qui proximi gradu reperiuntur.* Ratio est, quia contra naturam est, filium repræsentari à patre, hoc est, patrem defuncti ab avo ejusdem, cùm hæc repræsentatio fundetur in descensu ab eo quem quis repræsentat quasi imago illius. Et quamvis Hunnius q. 37. dicat non defuisse qui hoc quoque repræsentandi jus affirmarent, ego tamen reperire neminem potui, nec ille nominat aliquem.

474. Objicies. Successiones debent esse reciprocæ, quia correlativorum est eadem conditio. Ergo sicut datur repræsentatio in descendentibus, dabitur etiam in ascendentibus. ℞. Distinguendo antecedens. Si extrema sint ejusdem rationis: conceditur, si sint diversæ rationis & considerationis negatur. Alioquin sicut fratres excluduntur à descendentibus, ità etiam deberent excludi ab ascendentibus, quod falsum esse patebit §. seq.

475. REGULA 7. Concurrentibus pluribus ascendentibus in secundo, vel ulteriore gradu æquali, v. g. avo & avia paternis, cum avo, aut aviâ maternâ, æqualiter quidem hæreditatem capiunt & dividunt, non tamen in capita: sed in stirpes: ità ut dimidiam partem capiant ascendentes à patre (quam inter se dividunt) & alteram dimidiam partem ascendentes à matre, sive unus, sive plures fuerint, & dispar numerus. Ità placuit Justiniano (inquit Besoldus th. 19) in Novella relata, quæ verò illum ratio ad hoc moverit, nemo nisi divinando facilè dixerit, nisi fortè, quòd saltèm in hoc voluerit esse eandem conditionem correlativorum.

§. II.

Quomodo succedant Ascendentes, existentibus collateralibus.

476. REGULA 1. Fratres Germani & Sorores, hoc est ex utroque parente conjuncti, succedunt fratri defuncto una cum exstantibus ascendentibus in gradu proximiori, & quidem succedunt in capita. Ità allegata Novella. Itaque si præter fratres, aut sorores exstet pater, aut mater, aut his defunctis avus, aut avia, aut his defunctis proavus, aut proavia, quotquot erunt huiusmodi capita, in tot portiones dividetur hæreditas. Ex eadem Novella constat, quòd in tali concursu pater non acquirat usumfructum in parte fratris defuncti, quantumvis filii sui in sua potestate constituti. Vnde nascitur quæstio alibi resolvenda, an filiusfam. possit de tali portione & peculio adventitio facere testamentum.

477. REGULA 2. Vterini & consanguinei non succedunt cum ascendentibus fratri uterino, aut consanguineo. Mirum est, hanc Regulam ab aliquibus, quorum tacito nomine meminit Hunnius, fuisse negatam ob leg. fin. *C. ad S. C. Tertyll.* cui utique præferenda est Novella, expressè hunc concursum & consuccessionem

nem

nem solis Germanis indulgens. Itaque non solùm non concurrit cum patre uterinus, sed ne quidem consanguineus, hoc est ex eodem patre natus, nec cum matre uterinus, sed à patre, aut matre excluditur.

478. REGULA 3. Existentibus, ascendentibus, fratribus, aut sororibus, & insuper alicujus fratris, aut sororis defuncti filiis, aut filiabus, hi quoque cum ascendentibus & fratribus concurrunt, sed in stirpes jure repræsentationis patris, aut matris suæ ex utroque parente conjunctorum, & defunctorum. Hæc Regula est contra Novellam 118. sed statuta in Novella 127. ubi fatetur Imperator se Novellam 118. emendare quoad hoc punctum. ubi c. 1. sic loquitur. [Hoc itaque justè corrigentes sancimus, ut si quis moriens relinquat ascendentium aliquem, & fratres qui possint cum parentibus vocari, & alterius præmortui fratris filios: cum ascendentibus & fratribus vocentur, etiam præmortui fratris filii, & tantam accipiant portionem quantam eorum futurus erat pater accipere, si vixisset. Hoc verò sancimus de illis filiis fratris, quorum pater ex utroque parente jungebatur defuncto; & absolutè dicimus, ordinem quando cum solis vocantur fratribus, eundem eos habere jubemus, & quando cum fratribus vocantur aliqui ascendentium ad hæreditatem.] Ità Nov. 127. Ex cujus verbis apparet, eam in terminis formalibus loqui de casu speciali, quo unà cum ascendentibus & fratribus concurrunt ex fratre defuncto filii. Vnde dubitari posset, an casu quo nulli exstatent fratres, sed meri filii defuncti fratris, an inquam hi concurrerent cum ascendentibus, vel potiùs ab istis excluderentur, sicut excluduntur alii transversales. Treutlerus affirmat concursuros, & sic extendit Novellam 127. etiam ad hunc casum. Eandem sententiam tenet Schneidew. n. 29. VVesenbec. in parat. de Gradib. n. 15. quos sequitur Casparus Manzius. Hanc tamen extensionem improbant Cujacius, Borcholt, Hunnius & Bacchovius. Giphanius. ac denique Ant. Perez. *in tit. C. ad S. C. Tertyll. n.* 8. Neque enim credibile est, quòd Imperator hunc casum tacuisset, & adeo disertè existentiam fratrum requisivisset, si hanc extensionem fieri voluisset. Non est ergo extendenda correctio Novellæ 118. ultra expressa verba Novellæ 127. cùm omnis exceptio firmet regulam in casibus non exceptis. Et sanè non difficulter intelligitur, quomodo existentibus fratribus filii fratris defuncti subintrent in locum patris sui, sténtque in eodem gradu cum fratribus; at verò nullis existentibus fratribus censeantur potiùs in gradu remotiore constituti, & in propria persona velle succedere; meritò proinde ab ascendentibus excludendi unà cum aliis lateralibus non fratribus. Hæc sententia probabilis est, nec erat à non nemine tribuenda soli Giphanio, nec Giphanius erroris arguendus, sicut nec Giphanius priorem sententiam rectè erroris arguebat, cùm utraque sententia probabilis sit. Mihi verò prior verior videtur, quam etiam tenuit Cynus, & satis exprimitur in Rubrica Novellæ 127. quæ sic habet. *Vt fratrum filii succedant pariter ad imitationem fratrum, etiam ascendentibus exstantibus.* Et ratio est, quia quando jus repræsentandi conceditur, non curatur, utrum existant aliqui illius gradûs in quo fuit ille qui repræsentatur, ut patet in successione descendentium. Quòd autem Imperator hoc non specialiter expresserit, non multùm juvat adversarios, quia emendavit Novellam 118. in terminis illius Novellæ, quâ statutum erat, ut filii fratris defuncti excluderentur à fratribus existentibus: nunc autem placuit statuere, ut non excluderentur, sed haberent jus repræsentationis: quo concesso satis ex natura rei consequens erat, nec ab ascendentibus esse excludendos, quia ascendentes non sunt fortiores ad excludendos laterales, quàm sunt fratres, utpote cum quibus ex æquo vocantur.

479. Minùs laudabilis est Giphanius, quatenus asseruit, quòd in casu, quo defunctus relinquit ascendentes, fratres, & filios fratris defuncti, dividenda sit hæreditas in tres partes æquales, quarum una parentibus, alia fratribus, tertia filiis fratris defuncti cedat. Hoc enim juri repugnat, quo soli filii in stirpes vocantur, cæteri in capita, ut patet ex textibus allatis. Nec in hoc emendata est, vel verbulo Novella 118.

480. Hinc rectè deducitur, quòd etiam in casu quo nulli fratres exstant, sed fratrum filii cum solis ascendentibus vocantur, quòd, inquam, non in capita, sed in stirpes succedant. Ratio est, quia si in capita succederent, id fieret in grave præjudicium ascendentium: absurdum autem est, filios fratrum, qui ex speciali privilegio vocantur cum ascendentibus, præjudicium afferre ascendentibus, quod illis non afferrent fratres, si adhuc exstarent. Neque invenio Doctorem qui in hoc casu filios dicat succedere in capita, quamvis Manzius n. 61. dicat, hanc esse quæstionem unam ex difficilioribus in tota ista materia: hanc difficultatem ego non agnosco, sed benè in alio casu infrà tractando, an, si nulli ascendentes exstent, filii fratrum succedant in capita, an in stirpes, qui est casus diversus.

481. Illud circa hactenus dicta observatu dignum est, quòd ex concursu, vel non concursu alterius, variari possit modus succedendi, in capita, vel in stirpes. Diximus enim, quòd quando soli ascendentes succedunt filio, & sint diversarum linearum, atque in numero inæquales, quòd inquam tunc succedant in stirpes: econtra, si cum iisdem concurrerent fratres, succederent in capita: quòd fortassis ideo statutum est, ut illis qui numero ascendentium plures in

 una

una linea sunt, aliquo modo compensetur, quod illis per concursum fratrum decedit.

482. Sed QUÆRES. Quomodo ergo illi ipsi ascendentes numero impares succedunt in casu quo nulli fratres concurrunt, sed soli filii fratrum? Forsterus. *l.* 7. *c.* 7. *n.* 3. putat, quòd in hoc casu ascendentes succedent in stirpes sicut succederent, si nemo alius concurreret. Ratio illius est, quia cùm filii fratris non succedant in capita, non poterunt efficere, ut parentes succedant in capita: hæc tamen ratio levis est, & magis placet sententia Casp. Manzii & Mathesilani, quòd tunc ascendentes succedant in capita. Nam in Novella 127. in rubrica paulò antè adductâ statuitur, ut fratrum filii succedant pariter ad imitationem fratrum, etiam exstantibus ascendentibus · atqui his exstantibus fratres faciunt illos succedere in capita: ergo idipsum facient filii, ut repræsentantes patres suos, & non ex propria persona: & sic patet responsio ad fundamentum contrarium.

483. Porrò hoc jus repræsentandi non extendi ad Nepotes, est recepta sententia, & constabit ex dicendis §. sequente de Successione transversalium. Sit jam

REGULA 4. Frater naturalis succedit fratri naturali ex iisdem nato unà cum Matre æqualiter. De Patre quomodo filio succedat, nempe solùm in duabus unciis, jam suprà dictum. Regula est communis contra Forsterum, qui tamen & ipse tandem regulæ accedit *L.* 8. *c.* 11. *concl.* 3. *n.* 5. sibi contrarius in *L.* 7. *c.* 17. *n.* 9. & 10. In terminis tenet Salycetus *in auth. Defuncto. C. ad S. C. Tertyll. n.* 5. his verbis. *Quid si mater & alius naturalis tantùm ejus frater superest? dico quòd sic: si ex utroque parente, argumento hujus textûs: non si ex parte tantùm, quia illi mater præfertur.* Ratio est, quia talis frater etsi non sit legitimus, est tamen, aut certè creditur esse germanus: ergo succedet more aliorum Germanorum fratrum. Vnde patet solutio ad fundamentum Forsteri, quòd talis censeatur esse tantùm uterinus. reverâ enim quoad hunc successionis effectum non est tantùm uterinus, esto quoad alios effectus fingatur esse tantùm uterinus, & matrem sequatur: cujus diversitatis ratio est, quia in aliis attenditur jus legitimæ agnationis, in successione verò ratio sanguinis præcipuè attenditur.

484. Et hæc de successione ascendentium, in quibus subintelligenda semper est limitatio quædam, quâ parentum ad secundas nuptias transeuntium successio in bonis provenientibus ex priore matrimonio restringitur, & de ea dictum est tract. præced. & habetur Nov. 22. c. 46. §. 2. ibi. [Si autem intestatus filius moriatur, jam ad secundas veniente matre nuptias, aut postea veniente, vocetur quidem & ipsa cum filii aut filiæ fratribus secundùm nostram constitutionem ab intestato ad ejus successionem, sed quanta quidem ex paterna substantia ad filium pervenerunt, eorum solummodo habeat usumfructum ad secundas omninò sive prius sive postea veniens nuptias: in residuis verò omnibus rebus quæ aliunde erant filio, præter paternam successionem, veniat secundùm vocationem nostram.] Idem habetur Auth. ex testamento. C. de secundis Nupt. & in Jure Bav. tit. 40. a. 5. & 6.

CONTROVERSIA IV.

De Successione Transversalium seu collateralium.

SVMMARIVM.

EX Transversalibus primo loco secedunt fratres & sorores Germani, & excludunt non utrinque conjunctos. 487.

An soror Germana ab uterino excluderetur vigore statuti, ut fæminæ à masculis excludantur. 488.

Procedit Regula etiam in naturalibus non legitimatis. 489.

Procedit item in Naturalibus legitimis concurrentibus cum adoptato ab ascendente. 490.

Filii fratris defuncti concurrunt in stirpes. 491.

Fratrum filii excludunt cognatos in eodem gradu existentes. 492.

An successio fieret in stirpes, nullis filiis existentibus, nec Fratribus Germanis, existentibus tamen filiis ex duobus aut pluribus Germanis defunctis in æquali numero. 495.

Nullis Germanis exstantibus, succedunt fratres & sorores ex uno tantùm parente conjuncti, excludentes cæteros etiam patruos. 511.

Fratres naturales tantùm ex eadem Matre progeniti sibi invicem jure cognationis succedunt, etiamsi alter esset legitimus. 512.

Fratres Naturales ex patre tantùm conjuncti non succedunt invicem ab intestato. 513.

An facienda sit divisio bonorum, quando uterini & consanguinei succedunt fratri, ità ut uterinus succedat solus in bonis maternis, consanguineus solus in paternis. 514.

Deficientibus fratribus fratrúmque liberis, vocantur promiscuè cæteri agnati & cognati, observatâ gradûs prærogativâ, in capita, sublato Jure Repræsentationis, & differentiâ superiorum aut inferiorum. 520.

An duplicitas vinculi in hac successione locum habeat. 521.

Ad quot gradus se extendat successio collateralis. 523.

485. NOvella 118. c. 3. hunc successionis ordinem sic absolvit. [Si igitur defunctus neque descendentes neque ascendentes reliquerit, primò ad hæreditatem vocamus fratres & sorores ex eodem patre & ex eadem matre natos, quos etiam cum patribus ad hæreditatem vocavimus.

His

His autem non exstantibus, in secundo ordine illos fratres ad hæreditatem vocamus, qui ex uno parente conjuncti sunt defuncto, sive per patrem solùm, sive per matrem.

Si autem defuncto fratres fuerint, & alterius fratris aut sororis præmortuorum filii, vocabuntur ad hæreditatem isti cum de patre & matre Thejois (id est patruis vel avunculis, amitis vel materteris) masculis & fœminis, & quanticunque fuerint, tantam ex hæreditate percipient portionem, quantam eorum parens futurus erat accipere si superstes esset. Vnde consequens est, ut si fortè præmortuus frater cujus filii vivunt, per utramque partem nunc defunctæ personæ jungebatur, superstites autem fratres per patrem solum forsan aut matrem ei jungebantur, præponantur istius filii propriis Thejois licèt in tertio sint gradu, sive à matre sive à patre sint Thejoi, & sive masculi sive fœminæ sint, sicut eorum parens præponeretur si viveret. Ex diverso, si quidem frater superstes ex utroque parente conjungitur defuncto, præmortuus autem per unum parentem jungebatur: hujusmodi filios ab hæreditate excludimus, sicut ipse si viveret ab hæreditate excludebatur. Hujusmodi verò privilegium in hoc ordine cognationis solis præbemus fratrum masculorum & fœminarum filiis aut filiabus, ut in suorum parentum jura succedant. Nulli alii omninò personæ ex hoc ordine venienti hoc jus largimur. Sed & ipsis fratrum filiis tunc hoc beneficium conferimus, quando cum propriis vocantur Theiois masculis & fœminis, sive paterni, sive materni sint.] (*quæ sequuntur in versu*, Si autem, *non refero, quia, ut suprà retuli, correcta sunt per Nov*. 127.)

Illud palàm est, quia Thejois defunctis (*est error, legendum est*, defuncti) masculis & fœminis, sive à patre sive à matre præponuntur (filii & filiæ ex fratre defuncto utroque parente juncto) si etiam (*id est quamvis*) illi tertium cognationis similiter obtineant gradum. Si verò neque fratres neque filios fratrum (sicut diximus) defunctus reliquerit, omnes deinceps à latere cognatos ad hæreditatem vocamus, secundùm uniuscujusque gradûs prærogativam, ut viciniores gradu ipsi reliquis præponantur. Si autem plurimi ejusdem gradûs inveniantur, secundùm personarum numerum inter eos hæreditas dividatur, quod in capita nostræ leges appellant.]

486. Ex hac Constitutione, præter aliquas jam præcedente controv. positas, sequentes Regulæ statuuntur circa successionem eorum, qui nec à defuncto per generationem descendunt, aut adoptati sunt, nec à quibus ipse genitus aut adoptatus est; & quidem deficientibus omnibus descendentibus & ascendentibus.

487. REGULA 1. Ex transversalibus primo loco succedunt fratres & sorores, ex eodem patre & matre defuncto juncti, nempe Germani, excludúntque fratres & sorores, ex uno tantùm patre aut matre conjunctos, nempe consanguineos, & uterinos.

488. QUÆRES. Si statutum exstet, quo masculus fœminam, frater sororem excludat, si tamen defuncto esset soror germana, & frater uterinus, avo consanguine', an illa ab hoc excluderetur. Respondeo negativè, ut tenet post Baldum Forsterus & Manzius. nam Statuta sunt interpretanda, ut quàm minimè recedant à Jure communi, ut in tract. de Legib. dicitur. atqui Statutum potest ità intelligi, nempe ut frater Germanus sororem germanam excludat, absque eo quòd uterinus excludat Germanam: ergo ità accipiendum est.

489. Procedit REGULA etiam in filiis naturalibus non legitimatis: unde si quis duos ex concubina una, & tertium ex altera genuisset, & ex prioribus unus decederet, ejus germanus excluderet tertium qui est tantùm consanguineus. Patet ex suprà dictis.

490. Extendit etiam Forsterus & Manzius Regulam ad naturales legitimos concurrentes cum adoptato ab ascendente, v. g. in hoc casu (quem puto metaphysicum, quia nemo solet adoptare habens naturales legitimos) Petrus habet duos filios ex eodem matrimonio: adoptavit insuper nepotem filiæ in filium, postea moritur Petrus, deinde moritur etiam unus ex naturalibus: huic succedet frater germanus, excluso adoptivo: quia adoptio non solet in successionibus plus operari quàm unum vinculum: ergo sicut ob duplicitatem vinculi excluditur à Germano uterinus & consanguineus, pariter excludetur adoptivus, qui censetur civiliter solùm quoad patrem conjunctus. Neque adoptivum juvaret aliqua sanguinis conjunctio, quia, ut ponitur in casu, non est nisi in quarto gradu conjunctus, ponitur enim esse nepos sororis, unde nec jure repræsentationis potest cum fratre concurrere: quia jus repræsentationis in transversalibus non extenditur ad nepotes.

491. REGULA 2. Cum fratribus concurrunt filii alicujus fratris defuncti jure repræsentationis, adeoque in stirpes, capturi partem, quæ patri suo viventi obvenisset. Adeoque excludunt etiam uterinos & consanguineos, sicut pater eos exclusisset.

492. REGULA 3. Fratrum defunctorum filii excludunt etiam agnatos & cognatos in eodem secum gradu existentes. v. g. si quis relinquat patruum, avunculum, amitam, vel materteram, & fratris sui prædefuncti filios, hi omnes sunt quidem in æquali gradu, nempe in tertio, nihilominus filii fratris defuncti præferuntur, idque propter textum paulò pòst afferendum. Multi existimant, hoc illis competere propter Ius repræsentationis, quia finguntur esse in secundo gradu, nempe in eo quo fuit eorum pater: sicut ergo iste exclusisset illos, ità & filii. Hoc argumento cùm usus esset Gomez & ex eo

Moli-

Molina, Card. de Lugo vocat illud infirmum: eò quòd repræsentatio solùm est pro casu expresso in lege: atqui in lege solùm datur, quando filii fratris defuncti concurrunt cum fratribus viventibus: nusquam autem data videtur ad concursum cum patruo defuncti. Ità Lugo. & rectè, nam infrà dicemus, quòd ex alio capite proveniat hæc prælatio, & per consequens quòd in tali casu filii fratrum non in stirpes, sed in capita succedant. Habetur regula in versu: *Illud palàm.*

493. Circa quem tamen textum, ut suprà monui, cavendus est error, qui in plerisque exemplaribus irrepsit, dum legitur *Defunctis*, & esset legendum *Defuncti*. Hunc errorem Lugo non est ausus affirmare simpliciter, sed solùm est eum suspicatus. Sed haud dubiè intrepidè affirmâsset, si vidisset, errorem illum jam pridem in aliis exemplaribus esse correctum: nempe in exemplari Gallico impresso tum Anno 1606. tum Anno 1620. & quod Coloniæ Allobrog. Anno 1614. Item in exemplari edito Aurelio-Poli 1604. ac denique in exemplari edito sine appressione loci, Typographo Jacobo Stoer 1614. ut proinde non nisi in corpore glossato majore (in quo plures errores continentur) prædictum errorem reperire potuerim.

494. Itaque in prædicto textu apertè statuitur, quòd Thiis præferantur filii fratris defuncti. Ratione id probat acutissimus Lugo ex illo principio: Si vinco vincentem te, multò magis vinco te. quod si non haberet locum in materia successionis, daretur vitiosus circulus exclusionis. Nam filii fratris defuncti ex utroque parente conjuncti excludunt fratres defuncti vivos solùm uterinos aut consanguineos, quia repræsentant suum patrem, qui ejusmodi fratres excluderet: atqui ejusmodi fratres uterini excluderent patruos defuncti, fratres patris ejusdem defuncti: (ut postea dicetur, & habetur in textu) ergo à fortiori prædicti filii fratris defuncti excludent patruos defuncti. Probatur hæc consequentia. Si enim possem excludere excludentem te, & tamen non excludere te: Ponamus ergo (inquit Lugo) quòd manerent patrui, & fratres uterini, & filii fratris defuncti utrinque conjuncti defuncto: tunc fratres uterini excluderent patruos, atque ideo patrui non possent succedere. Rursus hi fratres uterini succedere non possent, quia filii fratris defuncti eos excluderent. Rursus neque hi filii succederent saltèm soli, quia patrui succedere vellent cum illis (si scilicet non excluderentur) & rursus fratres uterini excluderent patruos ab ea partiali successione, & sic deinceps. Ità Lugo. Quamvis, ut existimo, hoc non stringeret, si quis contra apertum textum vellet contrarium tueri. diceret enim, quòd uterini tunc tantùm habeant Ius excludendi patruos, quando non exstant filii fratris utrinque conjuncti: sed his existentibus illam vim non habeant. Quid quid ergo sit de hac subtili ratiocinatione, textus est apertus, quod sufficit.

495. Controversia gravis est, nec satis formaliter in textu decisa, quomodo fieret successio, an in stirpes, an in capita, nullis Thiis existentibus, nec fratribus germanis, existentibus tamen filiis ex duobus, aut pluribus germanis defunctis, & quidem in inæquali numero, v.g. tres ex uno, duo ex alio, uno ex tertio. Ingens est in hoc puncto dissensio. Prima sententia vult, successionem faciendam esse in stirpes. Ità Accursius, quem teste Forstero secuti sunt 50. quibus adnumerandus Bacchovius in Treutl. & plures alii quos refert Harpprecht n. 422. nec multùm ab ea alienus est Forsterus, arbitratus, æquitati & rationi consentaneam esse.

496. Secunda sententia, eàque verior, & communior astruit, successuros in capita. quam sententiam etiam ipse Accursius aliquando tenuerat *Instit. de legit. agnat. success.* §. *hoc etiam in fin.* sed ab ea, ut dictum, recessit. *in L. lege 12. tab. in fine. C. de legit. hæred.* Auctores innumeros pro hac sent. refert Harpprecht, inter quos maximi faciendus est Baldus, qui cùm secutus esset glossam Accursii, facti pœnitens postea sententiam Azonis & nostram amplexus est, dicens eam esse magis consonam litteræ & naturæ. Ex Theologis nostris eam tenet P. Molina *d. 164. n. 12.* Vasquez *n. 59. & 6.* & Card. de Lugo, qui tamen ex Molina malè eam tribuit Azor, nec enim Molina Azor, sed Azo citavit, qui est antiquior Accursio. Et quidem in Imperio non video, quomodo possit ab hac sententia recedi: nam esto in Novellarum jure non sit in formalibus terminis casus decisus, attamen Carolus V. Imperator in Comitiis Anno 1529. Spiræ habitis, cum consensu Statuum Imperii hanc secundam sententiam priori prætulit, & sancivit, ut divisio hæreditatis fieret in capita. Cujus Constitutionis verba refert Manzius n. 70. Verùm disputando quæstionem secundùm Ius commune,

497. Probatur imprimis ex Iure antiquo, quod nullo claro textu Novel. correctum invenitur, & ideo in suo robore persistit. Imprimis ex *l. 2. §. 2. ff. de suis & legit. Hæredib.* ibi. [Duos fratres habui, unus ex his unũ filium, alius duos reliquit, hæreditas mea in tres partes dividetur.] Quid clarius? *l. 1. §. fin. ff. si pars hæredit. petatur*, hoc clarè supponitur his verb. [Sunt defunctorum fratrum uxores prægnantes, quam partem fratris filius hæreditatis vindicet incertum est, quia quot edantur fratrum defuncti filii incertum est.] Item. *L. penult.* in fine *C. de legit. hæredib.* ubi de de filiis fratrum & sororum sic habetur. [Illud procul dubio observando, ut successio non in stirpes, sed in capita dividatur, & is gradus in ordinem legitimum transferatur.]

498. Sed videamus nunc de Iure Novellarum, & quidem ex Novella recitata, licet argumen-

gumentari ex illis verbis. *Sed & ipsis fratrum filiis tunc hoc beneficium* (repræsentationis) *conferimus, quando cum propriis vocantur Thiis masculis & fœminis.* Atqui in casu, de quo est quæstio, non vocantur cum Thiis: ergo non habent pro hoc casu beneficium repræsentationis. ergo casus iste relinquitur decidendus ex jure communi, nempe graduum propinquitate, & successione in capita.

499. Ponderat Udalricus *Zasius lib. 1. Respons. singul. c. 7. n. 3.* illam particulam *Tunc.* & dicit, quòd ista dictio *Tunc* extremitatem temporis ad punctū significet & præcidat. *l. 4. ad f. ff. de condict. & demonstrat.* & subdit, quòd relata verba opinionem contrariam fortiter prosternant, ut non solùm adversarii nihil habeant, quod contradicant, sed ne quo cavillari possint, & addit, quòd pudor sit rem apertissimā controvertere. Quæ tamen credo esse paulò cordatiùs dicta, cùm Adversarii hunc textum non ignoraverint.

500. Confirmari tamen potest sententia ex eodem Zasio. Nam in versu *quandoquidem* hæc verba ponuntur. [Quandoquidem fratris & sororis filiis tale privilegium dedimus, ut in priorum parentum succedentes locum soli (*in tertio constituti gradu*) cum his qui in secundo gradu sunt ad hæreditatem vocentur.] Sensus est, quòd fratris filii non aliàs in locum parentum succedant, quam cùm vocantur cum his qui secundo sunt gradu constituti.

501. Hoc ipsum animadvertit noster P. Molina *n. 13.* quòd repræsentatio parentum in filiis fratrum concurrentium cum suis patruis hoc est cum fratribus defuncti, & sui patris, eâ ratione introducta sit, ne fratrum defunctorum soboles expers omnis maneret hæreditatis, à fratribus defuncti patruis suis tanquam gradu proximioribus (nempe in secundo gradu) exclusa: atqui quando nullus exstat hujus sobolis patruus, hoc est frater defuncti, cessat ea ratio: ergo cùm filii fratrum diversorū pares essent in gradu comparatione defuncti, meritò institutum est, ut in eo eventu staretur juri antiquiori.

502. Cùm ergo jure antiquo haberent jus succedendi in casu posito, nempe deficientibus fratribus defuncti, & quidem jus succedendi in capita, quid quæso beneficii contulisset Imperator, si statuisset ut succederent in stirpes? Quæ (inquit eleganter Zasius n. 4) improvidentia in Imperatore fuisset, eos vestire qui non erant nudi? vulneribus mederi cùm sani essent? baculo & tibicine eos sustentare, qui ambulare propriis viribus poterant?

503. Confirmari potest ex eodem Zasio. 2. Si fratrum filii, nullis existentibus fratribus, succederent in stirpes, non est planè ratio cur non & nepotes & pronepotes fratrum ità succederent in infinitum, sicut de descendentibus dictum est: atqui hoc prohibetur *Auth. post fratres fratrúmque C. de legit. hæredib.* postquam enim authenticâ præcedente dictum esset, quòd fratrum filii pares sint defuncti fratribus, & præferantur jure repræsentationis ejusdem defuncti patruis & aliis similibus, id est avunculis, amitis, materteris, subjungitur. [Post fratres fratrúmque filios vocantur, quicunque sunt gradu proximiores, &c. Fiet autem divisio in capita, & non in stirpes.] In hac auth. fratres & fratrum filii considerantur ut constituti in eodem gradu. Jam verò nullis existentibus fratribus non est cur fratrum filii considerentur ut constituti in secundo gradu, sed considerabuntur, ut constituti in tertio gradu, postquam scilicet Ius repræsentationis illis non ampliùs est necessarium ad concurrendum cum fratribus: ergo ut sic succedent eo modo, quo authentica dicit, nempe in capita.

504. Objiciunt Adversarii 1. Constat ex Novella 118. filios fratris defuncti in successione patrui sui præferri patruis defuncti eósque excludere. Ità habetur in versu: *Illud palàm est.* quem textum suprà exposuimus: atqui hoc non potest illis competere nisi jure repræsentationis, quo in locum patris sui succedant, ità, ut cùm aliàs in tertio gradu defuncto conjuncti sint, nunc in secundo gradu ipsi conjuncti intelligantur. Ergo succedent in stirpes, nam hic modus succedendi est annexus repræsentationi. Hoc argumentum stringit nonnihil illos authores, qui (ut suprà diximus) cum Gomez & Molina, Schneidewein & aliis putant, filios fratrum indigere jure repræsentationis ad excludendos Thios defuncti. Verùm hanc rationem, ut ibid. dixi, non malè rejicit Lugo & nunc eandem video improbatam ab Udalrico Zasio & Hunnio.

505. Ad argumentum ergo respondetur. 1. Negando minorem. Hoc enim nullo verbulo in illo versu dicitur, aut indicatur, sed ex proprio adversariorum capite fingitur: (inquit Zasius) & potiùs oppositum colligitur dum Imperator dicit. *Illud palàm est.* Quasi diceret, id jure communi manifestum esse & indubitatum, nec illum casum egere provisione privilegii. Quæ est ergo ratio, cur fili fratris defuncti excludant Thios ipsius defuncti, si considerentur æquè constituti in tertio gradu, ac Thii? 2. Rationem esse assignatam ab Antesignano Adversariorum Accursio, nempe quòd etiam in linea laterali faciliùs succedatur in gradus inferiores, quàm superiores. Ità ille *Inst. de success. cog.* & Baldus in Auth. *defuncto C. ad Tertyll.* dicit magis deberi hæreditatem descendentibus, quàm ascendentibus, & pleniori jure, allegátque auth. *in successione. C. de suis & legit.* ubi dicitur, quòd solâ naturali causâ inspectâ descendentes præferantur ascendentibus.

506. In favorem tamen eorum, qui ad excludendos Thios jus repræsentandi adhibent,

Respondetur secundò, negando consequentiam. quia jus repræsentandi non debet extendi ad casum, quo non est utile ad alterius exclusionem: ergo saltèm tunc erit successio in capita, quando defunctus nullos Thios reliquerit, nullósque fratres. Et ob hanc causam statum controversiæ ego in his terminis formavi: ratio autem sic formandi statum controversiæ dabitur paulò pòst n. 510.

507. Objiciunt 2. Ex §. *cum filius. Inst. de hæredit. quæ ab intestato deferuntur.* vbi de patruelibus seu fratrum liberis solis concurrentibus ità statuitur. *Si ex duobus filiis nepotes existunt, ex altero unus fortasse aut duo, ex altero tres aut quatuor: ad unum aut duos dimidia pars pertineat, ad tres vel quatuor altera dimidia.* ℞. Textum hunc apertè loqui de successione quâ Nepotes avo succedunt. Vnde si valeret argumentum ad casum de quo disputamus, inferendum esset, quòd jus repræsentationis protenderetur in infinitum, quod & jura & omnes DD. negant.

508. Objiciunt 3. Ex versu ultimo cap. 3. Nov. 118. ibi. *Si verò neque fratres neque filios fratrum defunctus reliquerit, omnes deinceps à latere cognatos vocamus, &c. in capita.* ergo filii fratrum non comprehenduntur inter illos qui in capita succedunt, sed inter illos qui in stirpes.

℞. Cum Zasio, adversarios fallaciter omittere duo vocabula, quæ Imperator providentissimè per parenthesin inseruit: nempe: si non reliquerit filios fratrum (*sicut diximus*) id est, eo modo quo de illis dictum erat in versu: *Hujusmodi.* quo illis privilegium repræsentationis conceditur, si relinquantur filii fratris defuncti unà cum fratribus vivis. in casu autem de quo disputamus non relinquuntur hoc modo, h. e. conjunctim cum fratribus: sed relinquuntur soli. Vnde Zasius putat, hunc textum adeo nobis favere, ut vix melior afferri possit.

509. Vnde non immeritò invehitur idem accuratissimus Zasius in illum Juristam (qui dicitur vocatus Irnerius) qui ex Novellis transcripsit in Codicem authenticas, & sæpè non satis fideliter, quod ipsum fecit in proposito, transcribendo auth. *post fratres C. de legit. hæredib.* ex Novella paulò ante recitata: ubi etiam non satis ad mentem Novellæ construxit authenticam, quasi Imperator simpliciter dixisset, post fratres & fratrum filios quoscunque gradu proximiores præferri, quod falsum est ex dictis. Et hanc mutilationem putat multos DD. decepisse. Hanc ipsam mutilationem video etiam observatam à Salyceto, in adduct. auth.

510. Pro Coronide adverte, inter DD. patronos nostræ sententiæ illud esse discrimen, quòd aliqui ut Zasius & Hunnius, necnon Card. de Lugo, juxta sua principia tenere debeant, quòd filii fratrum defunctorum in capita succedant suo patruo, non solùm quando soli existunt, sed etiam quando excludunt Thios defuncti. volunt enim isti AA. quòd hæc exclusio non proveniat ex Iure repræsentationis, prout superiùs retuli. Communior quidē aliorum sententia est, quam etiam sequitur Harpprecht & Manzius, quòd tunc succedant in stirpes, quia vi repræsentationis excludunt Thios. Quæ sententia fortassis in usu forensi prævaleret, insistendo tamen litteræ prior verior videtur, ut jam suprà adverti.

511. REGULA 4. Nullis Germanis exstantibus succedunt fratres & sorores ex uno tantùm parente conjuncti, & cæteris conjunctis præferuntur, adeoque etiam patruis defuncti: Ità v. *his autem.* & quidem ex Regula generali, quia sunt proximi in gradu, nempe secundo. Porro Jure saltèm Bavarico tit. 41. a. 2. in his proceditur ferè sicut in germanis proportione servatâ. nempe & horum filii concurrentes cum fratribus in stirpes succedunt, patruos verò defuncti excludunt: & quando soli existunt, succedunt in capita. Excludunt etiam nepotes fratrum quantumvis Germanorum, quia his non competit Ius repræsentationis, & sunt in gradu remotiore. Dixi. *Jure Bavarico.* Nam Iure communi quorundam opinio est, qui uterinorum filiis negant omne Ius repræsentationis, prout docet Hunnius q. 42. nempe quia Ius repræsentationis ad solos germanos restrictum videtur in v. *hujusmodi autem.* Sed longè communior est sententia, etiam in his agnoscens Ius repræsentationis. Ità Manzius dissert. 6. n. 5. ex Theol. Mol. Vasq. Lugo n. 187.

512. REGULA 5. Fratres naturales tantùm ex eadem matre progeniti, adeoque uterini (an autem ex eodem patre nihil interest) sibi invicem jure cognationis succedunt, etiamsi alter eorum esset legitimatus. *L. 2. ff. vnde cognati.* ibi. [Itaque etiam vulgò quæsiti liberi matris, & mater talium liberorum, item ipsi fratres inter se ex parte bonorum possessionem petere possunt.] & *l. 4. eod.* [Si Spurius intestato decesserit, jure consanguinitatis, aut agnationis hæreditas ejus ad nullum pertinet (*prout dicemus Reg. seq.*) quia Iura consanguinitatis itemque agnationis Iura à patre oriuntur. Proximitatis autem nomine NB. mater ejus aut frater eâdem matre natus bonorum possessionis ejus edicto petere potest.]

513. REGULA 6. Fratres naturales ex patre tantùm conjuncti non succedunt sibi invicem ab intestato. Ità lege jam adductâ, ubi etiam ratio continetur. Quia inter tales nec est agnatio neque cognatio. Non cognatio, quia ea seorsim sumpta contrahitur per matrem: atqui ponimus esse diversas matres. Non item agnatio, quia ea contrahitur per patrem tantùm ex legitimis nuptiis, quales in nostro casu ponuntur non esse. Hinc patet, quid dicendum sit à fortiori de eo qui ex damnato coïtu natus est. eo enim sine liberis mortuo, non admittuntur ejus fratres non solùm uterini, sed neque ex legitimo

Matri-

Matrimonio procreati, ſed ſuccedit fiſcus, aut alius temporalis Magiſtratus; & ità judicatum fuit in Camera teſte Mynſingero *Cent.* 3. *Obſerv.* 91. cujus rei etſi textus apertus non exſtet, deducitur tamen ex illis textibus, quibus hujusmodi dicuntur nullum Ius conſanguinitatis habere, nec digni eſſe nomine filii aut fratris.

REGULA 7. Fratres adoptivi, factâ adoptione ab extraneo non ſuccedunt fratribus, hoc eſt, filiis naturalibus adoptantis. *L. pen.* §. 1. *in fin. C. de adopt.* ibi. [Et ideo ſancimus, etſi habeat hujusmodi filius Iura integra naturæ, attamen ſi inteſtatus pater extraneus adoptivus deceſſerit, habere eum etiam ſui hæredis jus ad ejus tantummodo ſucceſſionem, ut non etiam legitima jura ad familiam extranei patris adoptivi habeat, nec ipſa ad eum communionem aliquam habeat, ſed quaſi extraneus ità ad illam familiam inveniatur.]

514. Controverſia celebris eſt, an facienda ſit diviſio bonorum, quando uterini & conſanguinei ſuccedunt fratri, ità ut uterinus ſuccedat ſolus in bonis maternis, conſanguineus ſolus in bonis paternis. Et quidem Jure Bavarico conſtitutum eſt, ut nulla fiat hujusmodi bonorum diviſio. *tit.* 41. *a.* 2. ubi cùm *art.* 1. conſtitutum eſſet, ut mortuis fratribus & ſororibus utrinque conjunctis ſuccedant horum liberi in capita (quod Iuri etiam communi conformius eſſe ſuprà putavi) ſubjungitur *a.* 2. deficientibus fratribus ac ſororibus horúmque liberis, ſuccedere fratres ſororésque ex uno tantùm parente junctis, horúmque liberos in omnia bona ſine diſcrimine, ſive ea paterna ſive materna fuerint.

Loquendo verò de Iure communi, ſtat exercitus Doctorum pro ſententia affirmante diviſionem eſſe faciendam. Verùm ex illis plurimi valde perfunctoriè rem attingunt, & auctoritate potiùs, quàm jure moti videntur, quod quidem de Molina, Vaſquez & Lugo facilè credes, ſi eos legeris, cùm nec dubitandi rationem animadverterint, & potiùs de Iure ſui Regni loquantur.

515. DICO tamen, ſeclusâ auctoritate, conformior videtur ſententia Negativa Intentioni Imperatoris, in Novella 118. Pro hac ſententia ſtant etiam magni nominis DD. quorum anteſignanus dicitur fuiſſe Gloſſator Placentinus, quem ſecuti ſunt (referente Harppracht) Raynerius de Forolivio, Baldus, Salicetus, Fulgoſius & Corneus, Fachineus noſter (quem ego magni facio) *lib.* 6. *c.* 5. Nicolaus Varenbylerus, Petrus Barboſa, Bacchovius, Schifordegerus, Hunnius, Adamus Keller, Thomas Lindemannus. Et denique Caſparus Manzius fatetur oppoſitam ſententiam auctoritate potiùs, quàm jure niti.

Probatur Concluſio 1. Imperator Juſtinianus, cùm conderet Novellam 118. promittit, ſe omnes ab inteſtato ſucceſſiones clarâ graduum diviſione velle diſponere, nempe in hunc finem, ut jus ſuccedendi liquidum eſſet, nec infinitis litibus obnoxium, ac difficillimè dijudicabile. Nec poterat ignorare id quod conſtitutum erat in lege *Meminimus. C. de legit. hæredib.* [Sed nec fratrem, nec ſororem uterinos concedimus in cognationis loco relinqui. Cùm enim tam proximo gradu ſint, meritò eos ſine ulla differentia, tanquam ſi conſanguinei fuerant, cum legitimis fratribus & ſororibus vocandos eſſe ſancimus, ut ſecundo gradu conſtituti, & legitimâ ſucceſſione digni reperti, aliis omnibus, qui ſunt ulterioris gradûs, licèt legitimi ſint, præcellant.] Neque etiam ignorare poterat, ea quæ ſtatuta erant antea in L. *de emancipatis. eod.* ibi. *Exceptis maternis rebus, in quibus, ſi de eadem matre fratres, vel ſorores ſunt, eos ſolos vocari oportet.* His non ignoratis, ſi Imperator voluiſſet in uterinorum & conſanguineorum concurſu fieri diviſionem bonorum, non debuiſſet in Nov. 118. tacere, ſed expreſſam illius mentionem facere. Atqui Imperator tali loquendi modo utitur, ut meritò videatur omnem hujusmodi diviſionem tanquam obnoxiam tricis & litibus perpetuis, ob difficultatem in bonis illis ſeparandis, rejicere, dum ſic ſtatuit. [Si igitur defunctus neque aſcendentes neque deſcendentes reliquerit, primùm ad hæreditatem vocamus fratres & ſorores ex eodem patre, & ex eadem matre natos, quos etiam cum patribus ad hæreditatem vocamus. (*Nota quòd ab his uterini & conſanguinei penitus excludantur. Atqui non deberent penitus excludi à bonis ſaltèm maternis, vel paternis, ſi in illis jus aliquod ſpeciale ad bona materna vel paterna agnoviſſet*) His autem non exſtantibus in ſecundo ordine illos fratres ad hæreditatem vocamus, qui ex uno parente conjuncti ſunt defuncto NB. ſive per patrem ſolùm, ſive per matrem.] Certè in ſententia contraria clariùs dixiſſet, & dicere debuiſſet: [illos qui ex matre conjuncti ſunt, ad hæreditatem bonorum maternorum, illos qui ex patre, ad hæreditatem bonorum paternorum vocamus.] & non debuiſſet dicere, quòd nihil interſit, utrum per patrem vel matrem eſſent conjuncti. Plurimùm enim intereſſet, ſi diviſio bonorum facienda eſſet.

Ponamus quòd defunctus nulla reliquerit bona materna, ſed mera paterna, tunc Imperator adhuc vocat ex uno parente conjunctos, quicunque ille ſit: atqui tunc uterinus vocaretur ad nihil capiendum, quod eſt ridiculum.

516. Probatur 2. cum Bacchovio ex triplici inconvenienti, quod ſequeretur ex contraria ſententia. Primò enim concedendum pariter eſſet, quòd etiam conſanguinei cùm utrinque conjunctis ad ſucceſſionem admittendi eſſent in bonis ſaltèm paternis. Si enim ratione ſpecialis conjunctionis habent ſpeciale jus præ uterinis, hoc jus non debet illis denegari per hoc, quòd exiſtant alii fratres per eundem patrem conjuncti, eſto ſint inter ſe illi alii etiam per matrem

conjuncti: sufficeret enim, ut propter hoc alterum vinculum à bonis maternis excluderetur. & tamen Imperator vult consanguineum per Germanos penitus excludi: ergo non attendit ad aliquod hujusmodi speciale jus. Secundò sequeretur, quòd in iisdem bonis paternis consanguineus admittendus esset cum filiis germanorum. & tamen ab his excluditur consanguineus etiam in bonis paternis. Tertiò sequeretur, quòd si tantùm sint bona paterna, nulla materna, uterinus à consanguineo penitus excluderetur, prout ego paulò antè etiam intuli, quod tamen ab omnibus reputatur inconveniens, & contra mentem Imperatoris. Restat, ut argumentis adversariorum satisfiat.

517. Objiciunt ergo principaliter ex lege *De emancipatis.* 13. *C. de legit. hær. dib.* cujus verba jam suprà recitavi, in qua lege putant esse constitutum, quòd in maternis bonis soli illi fratres & sorores vocentur, qui sunt de eadem matre. Hunnius breviter respondet, legem illam esse revocatam. Verior tamen est responsio, nihil quoad hoc punctum esse mutatum, quia Justinianus ibi non loquitur de fratre purè uterino, sed de Germano, hoc est, qui non tantùm ex latere patris, sed etiam matris conjunctus est, & hunc vult fratri consanguineo præferri in bonis quæ defunctus frater à matre consecutus est. Nam (inquit Fachineus) hæc est sententia legis: Emancipato defuncto fratres & sorores ei succedere in dominio bonorum, patrem verò in usufructu. fratres autem & sorores ex utroque latere, vel ex latere patris. Ità tamen, ut is qui non solùm ex latere patris, verùm etiam matris junctus est, præferatur alteri consanguineo, quoad bona quæ defunctus habuit à matre. Hodie tamen Iure Novellæ 118. penitus præfertur, & consanguineus à Germanis penitus excluditur, non solùm in bonis paternis, sed etiam maternis. Quòd autem sermo ibi sit de germano, confirmat Fachineus optimè ex eo, quia tempore quo illa lex *De emancipatis* condita est, frater uterinus ad successionem non admittebatur, sicut admittebatur consanguineus in ordine fratrum, sed in ordine aliorum cognatorum: quomodo ergo potuit ibi Imperator loqui de purè uterinis, quòd excludant consanguineos? aut quare non pariter dixit, quòd consanguineus excludat uterinos in bonis paternis? atqui de hoc nullum verbum: ergo non dixit excludi consanguieum ab uterino, sed à germano, hoc est, etiam per matrem conjuncto. Hanc interpretationem postea reperi etiam in Salyceto in *d. legem. de Emancipatis. num. 1. in fine.*

518. Objiciunt 2. Votum parentum est, ut bona sua potiùs ad suos descendentes veniant, quàm ad alios: ergo uterini sunt in bonis maternis præferendi consanguineis. ℞. 1. In successionibus votum hoc parentum non haberi pro regula, alioquin dicendum esset, quòd nepotes fratrum defuncti excluderent patruos ejusdē defuncti, quia illi sunt descendentes à patre defuncti, suo proavo, non autem patrui. Item dicendum esset, quòd uterini concurrant cum germanis saltèm quoad bona materna, quia votum & affectus parentum debet esse æqualis in æqualiter ex se descendentes. Item dicendum esset, quòd masculi essent præferendi fœminis, quia affectus parentum videtur esse major erga masculos in quibus familia conservatur. Vides ergo hoc argumento nimium probari, ideoque transmisso antecedente negari consequentiam. ℞. 2. Distinguendo antecedens. Votum parentum est, ut bona potiùs perveniant ad descendentes, quousque expedit Reipublicæ, ità pervenire, concedo, secùs nego. Ob rationes autem quas sup. insinuavimus, & quas habere potuit Imperator, qualésque habuit Ius Bavaricum, Saxonicum & VVirtenbergicum in nostro casu aliter disponendi, expedit successionem fieri sine bonorum divisione.

℞. 3. Aliter distinguendo. Votum parentum est, ut sui descendentes ex suis bonis ditescant potiùs quàm alii, nisi ex contraria legis dispositione tantundem possint sui descendentes sperare, concedo, aliter nego, & explico distinctionem. Antecedenter ad omnem casum eventualem, non est magìs favorabile uterinis, fieri, quàm non fieri bonorum divisionem, quia æquè probabile est, quòd bona paterna futura sint æqualia aut majora, quàm bona materna: ergo æquè multum sperare possunt (antecedenter ad omnem casum eventualem) parentes, profuturum suis liberis, si non fiat bonorum divisio secundùm leges, quàm si debeat fieri: si ergo ob alia incommoda expedit Reipublicæ admitti uterinos cum consanguineis indivisim, nullum planè præjudicium timere possunt parentes, quin tantundem spei habeant de futuro lucro, quæ omnia rem attentè consideranti facilè patebunt, & ex ijs quæ in tract. de legibus posita sunt deducuntur.

519. Confirmari denique posset conclusio ex eo, quòd tam fratres uterini, quàm consanguinei sine discrimine vocentur ad tutelam Nov. 118. c. 5. & in L. *Meminimus* sup. cit. atqui vocatio ad tutelam cùm sit vocatio ad onus, habet correspondentem vocationem ad successionem: ergo par erat, ut sicut indivisim gerere debent tutelam, ità & indivisim succedant: quam rationem indicat Salycetus in d. l. *meminimus.* dicitque esse cordi habendam.

520. REGULA 8. Deficientibus fratribus, fratrúmque liberis, vocantur promiscuè cæteri collaterales agnati & cognati, observatâ gradûs prærogativâ: succedúntque in capita, sublato omni jure repræsentationis, omni differentiâ superiorum vel inferiorum collateralium: unde infertur, quòd patruus magnus, id est avi mei frater, quamvis sit ex ascendentibus, id est,

ex

ex illis collateralibus, qui aſcendentibus conjunguntur, non excludat nepotes fratris mei, quia ſunt conſtituti in æquali, hoc eſt quarto gradu: item in omnium ſententia nulla fit bonorum diviſio, ſed in omnia bona indiviſim ſuccedunt patruus & avunculus.

521. Dubitari poſſet 1. An duplicitas vinculi in hac ſucceſſione locum habeat. Joannes Harpprecht n. 453. in hoc puncto ſingularem ſententiam, & (ut ipſe putat) albo notandam calculo tenet, quòd ſi quæ perſona duplici vinculo & ratione defuncto conjuncta ſit, ea duas quoque hæreditatis partes auferre queat: exemplum ponit, ſi Titia tanquam neptis ex avunculo magno, & tanquam neptis ex amita magna defuncto fuerit conjuncta: Probabile putat, eam duas portiones ex hæreditate capere poſſe. Verùm hanc ſententiam meritò explodunt alii omnes, cujus non ſolùm nullum exſtat veſtigium in d. Novellâ, verùm oppoſitum ſatis indicatur ultimis verbis: *ſecundùm perſonarum numerum inter eos hæreditas dividatur.* Et ſanè ſi vinculi duplicitas attendenda eſſet, non ad duplicandam portionem, ſed ad excluſionem ſervire deberet, v. g. ut patruus qui meo patri fuiſſet utroque parente conjunctus, excluderet patruum uno tantùm latere conjunctum: ſicut Germani excludunt uterinos.

522. Fundamentum Harpprechtii eſt hujusmodi. Quando duplex qualitas in una eadémque perſona concurrit, illa perſona pro duabus perſonis reputatur, & perinde habetur acſi illa qualitas duplex duabus diverſis perſonis ineſſet, ut noti juris eſt. Rℯ. Non ſemper quando ad aliquem effectum duplex titulus in una eadémque perſona eſt, hoc ipſo duplex perſona cenſebitur & effectus duplicabitur: cujus rei infinita poſſent exempla adduci, unum alterúmve ſufficiat. Non hoc ipſo quòd quis ex duplici titulo unà cum aliis ſimplicem titulum habentibus ejuſdem perſonæ tutelam gerit, non inquam hoc ipſo duplex perſona cenſebitur, & tanquam duplex perſona tutelæ actione tenebitur, aut duplicem ſatisdationem præſtare debebit. Aliud & clarius eſt in beneficio competentiæ. Non hoc ipſo quòd alicui ex duplici, vel triplici titulo competat beneficium competentiæ, non inquam hoc ipſo duplicem competentem ſuſtentationem retinere poterit. Valet ergo ſolùm in caſibus à Iure expreſſis. Cæterùm, duplex vinculum & titulus ſuccedendi collaterali licèt non operetur ſucceſſionem in duas portiones, non tamen eſt otioſus, quia dat jus ad ſuccedendum alteri perſonæ, ad cujus hæreditatem nullum jus habet alter qui unico vinculo conjunctus eſt. Nam, v. g. patruus qui mei patris germanus eſt, poteſt ſuccedere aviæ meæ, cui non poteſt ſuccedere patruus uno tantùm latere conjunctus.

523. DUBITATUR 2. Ad quot gradus ſeſe extendat ſucceſſio collateralis. Communis habet ſententia antiquiorum, quòd ſe ſolùm extendat ad decem gradus. Probari ſolet ex §. *fin. Inſt. de ſucceſſ. cognat.* ubi admitti jubentur agnati usque ad ſeptimum gradum tantùm. Poſtquam autem inter agnatos & cognatos ſublata eſt diverſitas quoad Ius ſuccedendi, inferri videtur, ſucceſſionem ſimpliciter ſe extendere ad decem gradus.

524. Recenſiores tamen, ut Harpprecht, Hunnius, Beſoldus, Arn. Rath, & plurimi alii apud Harprecht exiſtimant in infinitum extendi, non minùs, quàm in deſcendentibus. Et ſatis efficaciter colligitur ex illa particula. *Omnes deinceps à latere cognatos.* Addit Harpprecht, quòd in bonis damnatorum ſoli aſcendentes & deſcendentes ſuccedant non item collaterales, quamvis contrarium teneat Vultejus, Julius Clarus, & communis Opinio: ſed hæc quæſtio ad meum propoſitum nihil facit, & magìs à conſuetudine, quam ex Iure ſcripto decidenda videtur. Extenſio etiam ultra decem gradus parùm utilitatis habet in ordine ad excludendum fiſcum, quandoquidem vix contingit, ut cognati, aut agnati ultra decimum gradum reperiantur.

CONTROVERSIA V.

De Succeſſione Conjugum.

SUMMARIUM.

Per ſe loquendo, deficientibus enumeratis, ſuccedunt ſibi conjuges in ſolidum. 525.

Si mulier nullam dotem attulit marito, nec haberet ſuſtentationem, admittitur ad ſucceſſionem etiam cum liberis. 526.

Modò non intervenerit divortium durans uſque ad mortem. 527.

Pactis dotalibus poteſt variari ſucceſſio. 528.

Quid Iuris quoad ſucceſſionem proſcriptorum, & ob alia delicta damnatorum. 529.

525. Succeſſio conjugalis cum admodũ variè ordinetur, tum pactis dotalibus, tum diverſis locorum ſtatutis, ideo breviſſimè dicendum quid de Iure communi, eóque Prætorio ſtatutum ſit.

REGULA 1. Per ſe loquendo deficientibus illis, de quibus hactenus dictum, ſuccedunt ſibi conjuges in ſolidum. L. un. C. Unde vir & uxor. [Maritus & uxor ab inteſtato invicem ſibi in ſolidum pro antiquo jure ſuccedunt, quoties deficit omnis parentum liberorumve ſeu propinquorum legitima, vel naturalis ſucceſſio, fiſco excluſo.] Procedit Regula, quantumvis Matrimonium ratum non fuiſſet conſumatum, quia con-

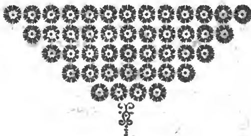
consummatio non pertinet ad substantiam Matrimonii.

526. REGULA 2. Si mulier nullam dotem attulit marito, nec mortuo viro haberet, unde sustentaretur, tunc ad successionem admittitur etiam cum liberis modo constituto in auth. subsequente ad legem adductam. [Praeterea si Matrimonium sit absque dote, conjunx autem praemoriens locuples sit, superstes verò laboret inopiâ, succedat unà cum liberis communibus alteriusve Matrimonii in quartam, si tres sint, vel pauciores. Quodsi plures sint, in virilem portionem, ut tamen ejusdem Matrimonii liberis proprietatem servet, si exstiterint. His verò non exstantibus, vel si nullos habuerit, potietur etiam dominio, & imputabitur legatum in talem portionem.] Idem habetur Novella 53. c. 6. & Nov. 117. c. 5. Habétque Regula locum etiam in marito inope respectu uxoris per Nov. 73. §. 5. in f. & procedit, etiam nullis liberis exstantibus. Item ex aequitate extenditur etiam ad casum quo dos, vel contrados allata quidem fuit, sed exigua.

527. Ut tamen hae Regulae procedant, necesse est, non praecessisse divortium durans usq; ad mortem. Nov. 117. c. 5. & quidem legitimè & jure factum. Et quia plura huc spectantia in d. c. continentur, id ità habet. [Quia verò legem dudum posuimus praecipientem, ut si quis uxorem aliquando sine dotalibus acceperit, cum affectu solùm nuptiali, & hanc sine causa legibus agnita projecerit, accipere eam quartam partem substantiae ejus: & aliam post hanc fecimus legem, decernentem, si quis dotatam uxorem per affectum solùm acceperit, & usque ad mortem cum ea vivens praemoriatur, accipere similiter & eam quartam illius substantiae portionem, ità tamen ut non transcendat hoc centum librarum auri quantitatem. In praesenti meliùs utrámque legem disponentes, sancimus, in utroque casu ex talibus Matrimoniis natos filios legitimos esse, & ad paternam vocari haereditatem: uxorem autem ex utroque horum casuum, si quidem usque ad tres habuerit filios ejus vir, sive ex ea sive ex alio Matrimonio, quartam partem substantiae viri accipere. Si autem ampliùs fuerint filii, tantùm in utroque similiter casu accipere jubemus mulierem, quantùm uni competit filiorum, ità quippe ut usum solum in talibus rebus mulier habeat: dominium autem illis filiis servetur, quos ex ipsis nuptiis habuerit. Si verò talis mulier filios ex eo non habuerit, jubemus etiam dominii jure habere eam res quas ex viri facultatibus ad eam venire per praesentem jussimus legē. Quae tamen irrationabiliter exclusa est, in ipso tempore expulsionis partem jubemus accipere, quae continetur hac lege. Virum enim in talibus casibus quartam secundùm priorem nostram legem ex substantia mulieris accipere modis omnibus prohibemus.]

528. Dixi suprà, Pactis dotalibus hanc successionem inter conjuges variari posse. Nam licèt caeteroquin pacta mutuae successionis privatorum in praejudicium eorum qui ad successionem à Jure vocantur, non subsistant, *l. 61. ff. de V. O. l. 15. & fin. C. de pactis.* pactis tamen dotalibus id fieri posse receptum est, in quibus cavetur, quid maritus ex dote, vel uxor ex donatione propter nuptias aliisque bonis, lucrari & accipere possit, sicque provisio hominis tollat provisionem legis. Imò haec pacta videntur revocari posse ad speciem ultimae voluntatis, si (ut plures DD. requirunt) fiant coram quinque testibus, vel ad acta insinuentur. Porrò quia in casu secundae Regulae quadrans bonorum mariti conceditur uxori in vim & locum dotis, hinc non malè infert Andr. Gail *l. 2. obs. 86.* Mulierem ab hujus consecutione non excludi per crimen laesae Majestatis à Marito commissum, non obstante, quòd per hoc liberi à successione arceantur. *l. 5. §. 1. C. ad leg. Jul. Majest.* quae est sanè lex durissima: *Filii verò ejus* (id est rei criminis laesae Ma.) [quibus vitam Imperatoriâ specialiter lenitate concedimus (paterno enim deberent perire supplicio, in quibus paterni, hoc est haereditarii criminis exempla metuuntur) à materna vel avita omnium etiam proximorum haereditate ac successione habeantur alieni, testamentis extraneorum nihil capiant, sint perpetuò egentes & pauperes, infamia eos paterna semper comitetur, &c. sit & mors solatium, & vita supplicium.] Eorum etiam bona fisco addicuntur, qui sibi ipsis metu poenae ob sua delicta mortem asciverunt. *C. de bonis eorum qui mortem sibi consciverunt l. 1.* secùs eorum qui aliàs ex moerore. Ibid. quam legem retuli in 2. tract.

529. De proscriptorum & ob alia delicta damnatorum bonis & successione, exstat auth. C. de bonis proscript. quae sic habet. [Bona damnatorum seu proscriptorum non fiant lucro Judicibus, &c. sed ascendentibus & descendentibus & ex latere usque ad tertium gradum si supersint. Uxores verò eorum dotem & ante nuptias donationem accipiant. Si verò sine dote sint, de substantia mariti accipiant partem legibus definitam, sive filios habeant sive non. Sed si neminem praedictorum habent, qui deliquerunt, eorum bona fisco socientur. In Majestatis verò crimine condemnatis, veteres leges servari jubemus.



CON-

CONTROVERSIA VI.

De Successione Fisci, & quorundam aliorum.

SUMMARIUM.

Bona (nemine ex prædictis comparente) fisco cedunt, non quidem nomine hæreditario, sed Iure Superioritatis, & in vim Regalium. 530.
Alii dicuntur Successionis incapaces, alii indigni, & horum portio fisco applicatur. 531.
Quid Iuris circa bona peregrinorum. 532.
Quid Iuris quoad peregrinos in Gallia, & de privilegio Germanorum. 533.

530. QUando nemo comparet, qui jus succedendi defuncto prætendat, facienda est proclamatio publica, quâ denuntietur, ut si qui defuncti hæreditatem sibi deberi putent, compareant: nemine intra terminos præfixos comparente, censebuntur bona vacantia. *L. fin. C. de bonis vacant.* Deinde

REGULA est, bona fisco cedere, non quidem nomine hæreditario, sed Jure Superioritatis, & in vim regalium cum omnibus juribus & oneribus percipiendis & præstandis, quæ alii hæredi præstanda essent. *l. 4. C. de bon. vacant. Vacantia mortuorum bona tunc ad fiscum jubemus transferri, si nullum ex qualibet sanguinis linea, vel juris titulo legitimum reliquerit intestatus hæredem.*

531. Notandum autem hîc est, quod alii dicantur successionis incapaces, ut sunt geniti ex damnato coïtu, aut rei criminis læsæ Majest. alii verò dicuntur indigni. qui habentur *in ff. & C. de his quæ ut indignis auferuntur.* Incapaces non impediunt, quominus portio eorum ad alios proximos deveniat, quia perinde censentur ac si non existerent. At verò *Indignorum* portio fisco applicatur exclusis aliis. Indigni autem censentur sequentes. Qui testatorem occiderunt. causam mortis præbuerunt. mortem ejus intra terminum à Judice dandum ulcisci neglexerunt: ejus judicium seu ultimam voluntatem probroso nomine impugnant: cum gravis delicti reum faciunt, ei status controversiam movent. qui contra tabulas iniquè petunt bonorum possessionem: qui uxorem contra leges duxerunt. inimicitias capitales cum defuncto exercuerunt, aut illi maledixerunt: uxorem ejus corruperunt. in fraudem juris promittunt restituere personæ quam capere fas non est: qui hæreditatem compilârunt, in quantùm compilârunt: qui de hæreditate viventis improba facta fecerunt. denique (sed horum portio non cedit fisco) qui se à tutela testamentaria excusant.

In his ergo casibus Fiscus succedit per se loquendo. Quatenus autem succedit in defectum propinquorum, conjugum, patronorum, &c. adhuc etiam potest per accidens excludi à Collegio, cujus pars fuit defunctus C. de hæreditatib. decur. l. 4. *Intestatorum Curialium bona, si sine hærede moriantur ordinibus patriæ eorum adipisci præcipimus.* similia habentur in cæteris legib. quæ tamen non credo observari.

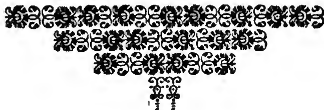
532. De bonis Peregrinorum decedentium in loco ubi non constat de ejus cognatione, statutum est in Auth. *Omnes peregrini. C. Communia de succession. Omnes peregrini, si intestati decesserint, ad hospitem nihil perveniet, sed bona ipsorum per manus episcopi loci, si fieri potest hæredibus tradantur, vel in pias causas erogentur, &c.*

533. Alio jure utuntur Galli, apud quos fiscus succedit peregrinis decedentibus in Regno. quam consuetudinem an Besoldus rectè dixerit admodum iniquam *disp. de regal. c. 9. n. 4.* alii judicent. Germani tamen qui studiorum causâ in Gallia peregrinantur, & matriculæ nationis Allemanicæ inscripti sunt hoc privilegio fruuntur, ut ibi decedentes bona sua ad propinquos transmittant. de quo Rebuffus *in proem. Const. gloss. 5. n. 82.*

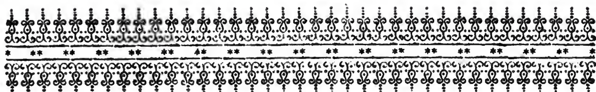
Hæc de Successione ab Intestato in Bonis Allodialibus. De Successione in Feudis agendum est in tract. proprio de Feudis.

Posset tandem hîc agi de Remediis Juris quibus hæreditatem nobis debitam obtinemus, ut est Petitio hæreditatis, Possessio Bonorum secundùm & contra tabb. &c. sed de his in tract. de Testamentis commodiùs agetur.

FINIS TOMI PRIMI.







SYNOPSIS ALPHABETICA TOMI PRIMI.

In qua Numerus major seu Romanus, Tractatum, minor verò Numerum Initialem indicat.

Adulterium.

Ædificatio.

Aggressor.

Alluvio.

Altiùs tollendi servitus, & non tollendi.

Alvei mutatio.

Apes. Alvearia.

Aquæductûs Servitus.

Aquæhaustûs Servitus, & Pecoris appulsus.

Aquilia Lex.

Arrha.



dia, ratione Capellaniæ potiùs annumerantur quasi patrimonialibus bonis. 86. & seqq.

Qui contra legem prohibentem expendi in usus profanos, expenderet vigesimam partem superfluorum 100. adeoque 5. florenos, cætera ad causas pias, non peccâret mortaliter ex opinione Card. de Lugo. 91. ubi aliorum opiniones referuntur.

Potest Clericus compensare ex reditibus, quod expendit ex patrimonialibus, vel quasi in suam sustentationem. 92

Clerici ob naturales dotes majores, possunt aliquantò plus in sui sustentationem convertere, quàm alius, non tamen totum excessum, si habeant ex patrimonialibus, unde possint splendidiùs vivere. 93. 94

Potest intuitu obsequiorum extraordinariorum adjicere aliquid patrimonialibus, quantùm valent obsequia. 95

Si etiam parciùs vixit, potest adjicere patrimonialibus quod comparsit. 96

Non possunt Clerici beneficiati alienare reditus suorum beneficiorum ad vitam sive alienantis, sive percipientis: quamvis possint transigere tanquam super re dubia, absque præjudicio successorum. 99

Possunt tamen suos reditus locare ad triennium utile, non tamen últra, v. g. ad duo triennia, cum adjecto pacto, ut post primum incipiat secundum. Posset tamen se ad totam vitam obligare personaliter ad permittendam alteri fructuum perceptionem. 100

Si locatio facta esset ultra triennium, valeret saltem ad triennium, nisi alia esset contrahentium intentio. 101

Mortuo beneficiato intra annum, & beneficio alteri collato, fructus pendentes ad successorem spectant, percepti & separati ad hæredes defuncti. nisi alicubi recepta sit Bulla Julij III. 102 103

Cloaca Servitus.

Est jus immittendi Cloacam, hoc est, meatum subterraneum in ædes, aream, agrum, vel solum vicini, ad sordes evehendas. Licet Domino intrare ædes vicini, aperiendi pavimenti causâ cloacámque purgandi, præstitâ cautione damni infecti. III. 176

Columbaria.

Columbaria sunt licita ex Consuetudine. V. 81

Non licet tamen directè & ex intentione, mediis etiam secundùm se licitis, alterius columbas allicere ad suum columbarium. 82

Nec licet columbas extra columbarium vagantes capere, vel jaculari. 83

Commixtio.

Est Modus acquirendi Iure Gentium, permixtione materiarum solidarum, ut separari & discerni non possint, v. g. tui frumenti cum meo: quo casu acervus non fit communis, sed manet dominium penes singulos secundùm partem, & quantitas venit in actionem Vindicationis, qualitas verò arbitrio Iudicis relinquitur. In pecunia tamen res aliter se habet, ob quotidianum illius usum: hæc enim fit illius, qui alienam cum sua miscuit. V. 115. & seqq.

Compensatio occulta.

Compensatio occulta licita est cum his conditionibus. 1. Vt id quod accipis, sit vel tuum, vel debitoris cui accipis. 2. Vt non habeas spem aliò non nimis difficili medio debitum tuum obtinendi, eò quòd scias debitorem nolle solvere, & ex alia parte sine gravi incommodo non sit accessus ad Iudicem. 3. Vt non admittas secundam solutionem. 4. Vt inde non creetur præjudicium longè gravius innocenti. 5. Vt fiat cum damno debitoris minore quo potest. 6. Vt debitum sit moraliter certum. II. 332

Non est probabilis opinio, sufficere solam probabilitatem debiti. 334 & seqq.

Competentiæ Beneficium.

Est privilegium quorundam Debitorum, ut non teneantur, nisi in quantùm commodè possunt, relictâ sustentatione competente. Conceditur parentibus, Liberis, Fratribus, Socio, Patrono, Donatori, Militi armatæ militiæ, Marito. ac demum ex communi etiam Nobilibus. Item Doctoribus Iuris, Advocatis, Magistris, & Professoribus. & universim illis qui incarcerari non possunt. De quibus vid. *Debitor.* Vnde & Clericis competit gaudentibus privilegio fori, sicut universim depauperatis per infortunium. 153. & seqq. & 460. Socero Patri uxoris convenit stante Matrimonio, si conveniatur de dote. Socero patri mariti convenit tam stante, quàm soluto Matrimonio. 459

Confessoria Actio. vide Servitus.

Confusio.

Est Modus acquirendi Iure gentium. Quando enim duorum materiæ liquidæ ità confunduntur, ut discerni nòn possint, si vel utriusque consensu, vel casu fortuito facta est, fit totum commune, etiamsi specificatio facta esset. Si unius solius voluntate, & sine specificatione, manet etiam commune: si

verò

Con-

Debitor. Debita.

Decreta.

Delictum, vel Quasi.

Desuetudo.

Detractio.

Magi-

Vindicatio, Directa & Utilis, Hypothecaria ex stipulatu. Actio *Rei uxoriæ* in *ex stipulatu* de dote est transfusa, & ideo hæc est bonæ fidei, sicut illa erat: & hæc actio competit, etiamsi nulla stipulatio realiter intervenerit. Fingitur ergo intervenisse, & datur marito ad obtinendam dotem promissam, uxori, ad eam repetendam: nisi pater dans dotem stipulatus esset, eam sibi restitui: quæ tamen ei restituta iterum filiæ in dotem danda esset. 430 & seqq.

Pari modo, nisi extraneus dans dotem expressè sibi stipulatus fuerit, non competit illi actio ex stipulatu, sed præsumitur dotem donâsse. 434

Mulier in bonis mariti habet hypothecam tacitam, quæ ad hæredes extraneos non transit, sed tamen ad descendentes. 436. & seqq.

Vi hujus tacitæ hypothecæ, præfertur mulier aliis omnibus anterioribus creditoribus (tribus exceptis) non solùm tacitam, sed etiam expressam hypothecam habentibus. 439. & seqq.

Falsissimum tamen est, quòd præferatur Deponenti in Deposito. 447

Marito ejúsque hæredi competit Exceptio Compensationis ob impensas necessarias, utiles, voluntate mulieris factas: item ob res amotas, quandoque etiam ob commodatas à muliere, invito marito. 448. ubi vide limitationem.

Quamvis eidem competant etiam actiones illarum impensarum intuitu, ut Condictio indebiti, actio rerum amotarum, &c. 449

Competit etiam marito quandoque exceptio doli, v.g. ob rem dotalem evictam, vel uxori legatam pro dote. 450

Competit denique Exceptio non numeratæ dotis, opponenda infra annum, si intra biennium Matrimonium dissolvatur, infra tres menses verò, si ultrà duret, usque ad decennium: quo tamen elapso omnino tollitur. 451

Privilegia dotis tunc solùm conveniunt rebus ex pecunia dotali emptis, aut cum rebus dotalibus permutatis, quando maritus non est solvendo. 454

In dotem dari possunt res omnes quæ in commercio sunt. 455

Si dotem constituit pater ultra vires patrimonii, datur liberis querela inofficiosæ dotis. 456

Inutilis est promissio dotis incertæ ab extraneo facta, nec in boni viri arbitrium collata. 457

Quænam pacta dotalia reprobentur, ex statutis locorum maximè pendet, & quæ Iure communi Cæsareo prohibentur, possunt juramento confirmari. ut de hæreditate præfuncti, de renuntiatione regressûs ad bona paterna: de non conferenda dote. 458

Dos exigenda est in loco domicilii mariti tempore quo fuit contractus celebratus. 460

Causa dotis ad Iudicem sæcularem pertinet, ad hujus negligentiam supplendam ad Ecclesiasticum. vel si judicatur accessoriè ad causam matrimonialem. 461

Duellum.

Acceptatio oblati Duelli non est licita. h.e. Pactum & Conventio, quâ Duellantes vicissim cedunt Iure suo in vitam. II. 648. 653

Ad tuendum honorem non est necessaria acceptatio Duelli, sed sufficit, & licet, comparere in publico, animo se defendendi, si hostis aggrediatur, dummodo habeat probabilitatem victoriæ: quæ est acceptatio impropriè dicta. 649. & seqq. ubi vide Casus.

E.

Ebrietas.

Non excusat in Delictis. II. 169

Ecclesiæ Bona, eorúmque administratio.

Ecclesiæ particulares habent dominium in illis bonis, quæ illis attribuuntur. IV. 64

Quæ bona catenus dicuntur esse patrimonium Christi, quatenus non licet in alios usus, quàm ad cultum Dei spectantes expendere. Nec possunt sine rationabili causa validè ab una Ecclesia ad aliam transferri. 65

Administratores Bonorum Ecclesiæ, prohibentur immobilia, & mobilia pretiosa quæ servando servari possunt, per se loquendo, alienare, nisi ob justam causam (cujusmodi sunt 4.) & interveniente solennitate requisitâ. 104. & seqq. ubi referuntur causæ & solennitates, & declaratio Extrav. Ambitiosæ, per Decretum Vrb. VIII.

Per accidens fieri potest, ut Solennitates non requirantur. 108.

Primò enim, si res immobilis sit exigua comparativè, & vel inutilis, vel longè dissita, potest sine solennitatibus alienari. sufficitque, si administratori videatur alienatio esse necessaria. 109. Item res minùs utiles cum consensu sanioris partis Capituli. 110.

Deinde res non solùm inutiles, sed etiam damnosæ: ità, ut pro pretio emantur bona utilia. 111

Item, quando urget necessitas Ministrorum, pauperum, captivorum, & non est recursus ad Pontificem. 112

Ex ratio-

Nisi

Filius Familias.

Fructus.

Furtum. Fur.

Pluri-

G.

Gratia.

H.

Habitatio.

Hæres.

Homicidium.

brevia-

Honor.

Insula.

Interdicta.

Interdictum quorum Bonorum.

Interdictum Quod Legatorum.

Interdictum Salvianum.

demnatur, quantum Magistratui videbitur. II. 145

Tunc autem solùm tenebitur actione in factum, pœnâque arbitrariâ ultra litis periculum afficietur, si pars læsa vel nolit appellare, vel propter paupertatem non possit. Nam appellans actionem in factum ad pœnam arbitrariam non habet, expensas tamen appellationis exigere potest. 147

Iudicium Temerarium.

Est sententia interna sine sufficiente fundamento lata contra proximum in rebus ad bonam existimationem spectantibus. II. 514

Gradus illius sunt 4. 1. Judicium firmum. 2. Opinio sine firmitate. 3. Suspicio. 4. Dubitatio. Quorum explicationem vide à n. 515. & Exempla. 519

Primus gradus, si est in materia gravi, est peccatum mortale. 520. Non item reliqui gradus. 521. Quando sunt utrinque probabilia indicia, non licet judicare positivè contra famam, nec teneor pro fama. 522 Circumspectè tamen agere licet. 523

Jus. Justum.

Jus propriè sumptum non est Lex, sed objectum & effectus legis, h. e. id quod statuitur per legem. I. 2. de quo plura in tract. II.

Ius est æquivocum. II. 20. ubi referuntur variæ significationes. Iuris Activi terminus immediatissimus semper est actio vel omissio actionis. 21. ubi v. exempla.

Ius Passivum explicandum est per actionem vel omissionem actionis potius, quàm per rem aliquam corporalem. 22

Iustum, seu actio Iusta alia est negativè talis, aliæ positivè. Prior est, quæ ponitur sine læsione Iuris alieni: non est actus Iustitiæ, sicut actio positivè justa tribuens alteri jus suum. & per hanc est explicandum Ius Passivum. 23

Ius activum non videtur sufficienter explicari per Prælationem radicalem respectu alicujus rei usurpandæ in propriam utilitatem ex peculiari connexione cum illa re, ut volebat Card. Lugo, 33 & seqq.

Neque etiam satis expedita videtur definitio Iuris Proprietatis: Facultas liberè disponendi circa Rem vel Personam quoad usus vel actiones lege permissas, non impedibilis licitè ab aliis, ordinata vel ordinans suum subjectum ad propriam felicitatem, seu commodum, ut volebat Esparza. 37

Neque definitio Card. Pallavicini, quòd sit: potestas obligandi alterum per voluntatem ipsius habentis Ius, quâ velit oppositum alicujus actionis, vel omissionis esse illicitum ex motivo sui placiti. 40

Jus proprietatis activum purè tale. h. e. cum exclusione Iurisdictionis, est: Facultas naturæ rationalis obtinendi actionem, vel omissionem actionis lege permissam, voluntate, verè vel interpretativè suâ obligando in suum proprium commodum & placitum alios ad talem actionem, vel omissionem præstandam, vel non impediendam, seclusâ omni potestate gubernativâ aliorum. 43

Ius Passivum est actio, vel omissio ab eo præstanda, qui alteri ex præciso ejus placito obligatur. eod.

Jus Iurisdictionis est species Juris Proprietatis, quatenus Legislator potest in suum placitum obligare alios, ne se impediant à ferenda lege. 44

Definitur potestas obligandi subditos per suas leges ad actiones subditis expedibiles. 45.

Ad ponendum actum validum, non est necesse dari Ius ad talem actum ponendum, sed potest esse injustus, & tamen validus. 52. & seqq. ubi plurimis exemplis illustratur.

Jus activum dividitur in Ius in re, & Ius ad rem: idem est: Ius reale, & Ius Personale, illud fundat actiones reales, hoc personales. 60

Ius Reale (declarando ab effectu) est, quod rem ità respicit, ut ad quemcunque devenerit res illa, semper transeat cum hoc onere, ut eam persequi possim.

Jus Personale est, vi cujus res ipsa non potest vindicari apud quemvis detentorem, sed respicit personam determinatam quæ obligata sit ad aliquid præstandum. 64

Jus reale (declarando à priori) est illud, quod immediatè tendit ad subordinandas alteri res, vel homines consideratos, ut res & non ut personas, h. e. in ratione patientis. Jus Personale est, quod immediatè solùm tendit ad subordinandam nobis aliam personam in ratione agentis. 65. 66

Datur etiam Jus Mixtum, h. è. de Iure Reali & Personali participans, cui respondet actio mixta, non eo sensu quo actio rei & pœnæ persecutoria est mixta, sed quòd partim sit in rem, partim in personam, & sunt 4. *Finium Regundorum, Familiæ erciscundæ, communi dividundo, ad exhibendum.* Dicuntur actiones Personales in rem scriptæ. 67

Voluntas cessiva Iuris aliquando est efficax, aliquando inefficax, hoc est, à superiore inhabilitata. 116. ubi v. declarationem.

Justitia.

Justitiæ nomen variè accipitur. II. 1. Solet appropriari quatuor Speciebus: Legali, Vindicativæ, Distributivæ, Commutativæ. 2. Lega-

L.

Legitimi, Illegitimi. Legitimatio.

Legislator.

Lex.

Lex Favorabilis: Odiosa.

Si fa-

Lex irritans.

Legum Interpretatio.

O.

Obligatio.

Occisio sui.

Occupatio.

Officiales.

Oneris ferendi Servitus.

P.

Paraphernalia.

Pascendi Pecoris Servitus.

Patria Potestas.

Plan-

Plantatio.

Plumbatura.

Pœna.

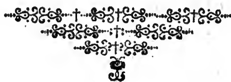
Possessio. Possessor.

Possessio quomodo acquiratur.

Possessio quomodo amittatur.

Possessoris, re evictâ, obligatio & lucrum.

Præscriptionis Tituli.



Præscri-

 Seclu-

Seclusis aliis privilegiis, creditor cujus debitum est tempore antiquius, est posteriori præferendus, saltem jure Canonico. 405

Si tamen posterior creditor ante priorem suum debitum peteret, & in judicio obtineret, ut potest, acquireret privilegium prælationis. 406

Ex bonis certis, quorum dominus nescitur nec sciri potest, tenetur debitor solvere creditoribus certis, appropriando sibi illa bona tanquam derelicta. 407. Nisi lex applicuisset causis piis. 409

Creditoribus incertis, habentibus tantùm Ius personale, præferendi sunt Creditores certi. 408

Debitore defuncto, primo loco solvendæ sunt expensæ funerales, item pro conscribendo testamento, faciendo inventario & similibus. 409

Secundò loco veniunt hypothecarii: & priùs solvendum hypothecario antiquiori, nisi posterior alio privilegio gaudeat. quod etiam de generali hypotheca dicendum. 410 Exceptis quibusdam casibus qui referuntur n. 411. Item de tacita respectu expressæ, nisi jura specialiter aliud statuant, ut in dote, in pecunia pupilli quâ res empta est, & pecunia data ad militiam emendam. 412

Qui solvit pro debitore antiquiori hypothecario, non succedit in ejus locum & jus prioritatis, nisi in duobus casibus qui referuntur n. 414

Si debitor solvit posteriori creditori, & non ex Iudicis sententia, sed sponte, prior creditor habens Ius Prioritatis, potest à creditore posteriore solutum repetere. 415

Tertiò, solvendum creditoribus non hypothecariis, habentibus tamen speciali prælationis privilegio sibi obligatam personam debitoris. 416

Quartò, Chirographariis, ex titulo oneroso.

Quintò, ex titulo lucrativo. 417

Inter creditores Privilegiatos non procedit Privilegium Iuris Civilis, & Regula, *Qui prior tempore*: sicut procedit in hypothecariis. 418. & seqq. Probabiliter tamen de Iure Canonico. 405

Potest venditor in re vendita constituere hypothecam cum jure prælationis ad omnes priores hypothecas generales tacitas & expressas, etiam privilegiatas. 421

Ordo Prioritatis observandus Iure Bavarico in Processu Edictali. refertur ad longum, eodem n. 423

Privilegium.

Definitur, Lex privata aliquid speciale concedens. Lex est minùs strictè & propriè, tum quia privilegium sæpè est temporale, tum quia non obligat accipientem, sed solùm alios ne impediant. Quando privilegium conceditur de iis quæ de jure communi concessa est, ejus specialis favor est major securitas & certificatio, ac perseverantia, etiamsi lex communis abrogaretur. I. 153

Privilegium non convertitur cum Beneficio, nam hoc potest esse ad unicum actum, Privilegium extenditur ad plures. 154

Neque omne Privilegium ità est contra Ius commune, quasi Ius commune resistat actui in subjecto potente illum actum exercere, satis est: quòd talem actum non positivè concedat. 155

Privilegium aliud est Reale, quod loco, rei, conditioni, dignitati, officio separabili ab una determinata persona, conceditur & inhæret: aliud Personale, quòd cum persona determinata extinguitur.

Privilegii realis subjectum aliud Corporeum, ut Fundus, Ecclesia, &c. aliud Incorporeum, ut officium, dignitas, Communitas perpetuabilis. quò etiam spectant Privilegia certo generi hominum concessa ut fœminis, filiisfam. Minoribus, &c. 157

An aliquid sit concessum tanquam Privilegium reale, non potest ex solis verbis colligi. 158 nec ex sola materia. 159. nec ex motivo ultimo impellente. eod. Sed ex omnibus simul consideratis: quando autem adhuc dubium est, interpretabitur reale, si sit purè favorabile sine alterius præjudicio, nec contra legem communem: secùs personale. 160

Privilegium aliud est gratiosum, aliud remuneratorium. Si merita præcisè attendantur ut indicativa idoneitatis, adhuc privilegium erit merè gratiosum. 161

Privilegium remuneratorium non semper, etsi plerumque, est personale. erit enim reale, si transmissio ad hæredes cedit etiam in commodum privilegiati, neque merita ejus excedit, adeoque familiæ concessum censebitur. 162

Privilegium aliud dicitur Purum, h. e. merè gratiosum, aliud Conventiale & cum pacto. 163

Privilegium conventionale potest esse personale, non obstante, quòd dici soleat pacta esse perpetua. hoc enim fallit, quando ex intentione contrahentium, vel materia, aut natura contractus aliud exigit. eod. (ubi exempla) & 164.

Etsi omne Privilegium perpetuum sit reale, non tamen econtra. Perpetuum est, quod vi concessionis potest perpetuò durare.

Temporale, quod moraliter & naturaliter loquendo intra certum tempus extingui debet. Quale de rigore, videtur etiam esse con-

Privilegii Interpretatio & Extensio.

Privilegii amißio.

Religiosus. Religio.

Renun-

Item si pupillus læsus est per sententiam contra tutorem latam. 481

Non solùm res ipsa principalis, v. g. vendita, sed etiam fructus interea percepti & exstantes sunt restituendi, detractis tamen illis, quibus respondet interesse emptoris, quòd pretio caruerit, si restitutio fiat ex necessitate legis ante terminum præfixum, secùs si post terminum ex speciali gratia, aut ob enormem læsionem, ob quam actus rescinditur. 483. & seqq.

Restitutione in integum non succurritur Majorennibus, si ex invincibili ignorantia contra eos præscriptum est. V. 344. & seqq.

Retorsio.

Est legitima injuriæ verbalis in ipsummet injuriantem propulsatio, honoris tuendi causâ, in continenti propriâ authoritate facta. II. 584

Perimit actionem injuriarum. & Iure Bavarico non potest iterum retorqueri. 585

Potest fieri à persona specialiter conjuncta injuriato. 286

Potest fieri etiam, quando verum crimen objectum est. 587. ubi vide quomodo Iure Bavar. fieri possit.

Potest fieri scripto. 589. ubi modus tutissimus refertur.

Non potest fieri in personam incertam, sed certa est designanda. eod.

Retractus.

Jus Retractûs non transit ad Monasterium capax Successionis per Professionem, nec manet in ipso Professo. IV. 28

S.

Sanctio.

STrictè sumpta differt à Lege, Constitutionibus, Decretis, &c. Quòd certam pœnam præsertim capitis irroget non obtemperantibus. I. 2

Satio.

Est Modus acquirendi Iure gentium, similis Plantationi. Vid. *Plantatio.*

Malæ fidei Sator & Possessor potest fructus auferre, nisi dominus agri sumptus refundat. V. 145

Scriptura.

Est Modus Acquirendi Iure gentium, sicut & Pictura. Consuetudo habet, ut charta Scripturæ cedat. V. 147

Sententia.

Sententia Decisiva Principis, non habet vim legis, nisi Princeps vellet deinceps pro lege haberi. I. 35

Servitus.

Servitus in genere, est Ius in re alteri constitutum, jus domini minuens alterius augendi causâ, ut cogatur dominus aut quid non facere in suo, aut alterum facientem pati, quatenus commoda utentis requirunt. III. 56

Non requiritur utilitas proxima, sufficit utilitas radicalis seu remota. 58

Servitutem imponere rei suæ potest dominus tam inter vivos quàm in ultima voluntate, imò in ipso instanti translationis dominii. 60

Si res sit pluribus communis indivisim, unus sine consensu aliorum constituere servitutem non potest. Si pertineat ad aliquam communitatem, requiritur, ut saltem major pars consentiat. si verò est communis pluribus ut singulis, omnium consensus requiritur in vivis. Ususfructus tamen potest pro parte constitui ab uno solo. In casibus, quibus cessio testamentaria confirmari non potest cessionibus posterioribus, datur adversus hæredem actio personalis ex testamento, ut reliquorum cessionem confirmet. 61 ubi plures casus vide.

Proprietarius potest servitutem nihil præjudicantem Usufructuario imponere, præjudicantem autem, ne quidem cum illius consensu, si leges inspiciamus, quarum vix potest reddi ratio. 62

Vasallus, Emphyteuta, Superficiarius, possunt etiam irrequisito domino directo servitutem imponere, tanquam habentes utile dominium, sed resoluto feudo, etiam servitus resolvitur. 64

Non item Maritus rei dotali, nec Tutor aut Curator rei minorum. 65

In Iudicio Familiæ erciscundæ, aut communi dividundo, potest Judex, exigentibus prædiis, servitutem imponere. 66

Adjectio temporis vel conditionis in constituendis servitutibus prædialibus, etsi de jure habeatur pro non adjecta, exceptione doli tamen defenditur à Prætore. 67

Modus tamen Servitutibus adjici potest. 68

Servitutem prosequimur actione Confessoriâ, quæ est Vindicatio Servitutis alteriusvé Iuris, à re alterius nobis vel prædio nostro debitæ, competens adversùs impedientem, ad declarationem Iuris nostri, utque cesset impedimentum facere, & eo nomine caveat. 70

Datur

Servus.

Societas IESU.

Specifi-

Succeßio Legitima, seu ab Intestato.

Succeßio Descendentium.

Succeßio Ascendentium.

Tigni Servitus.

Turpis Causa.

Tutela. Tutor.

Tutela Testamentaria.

Tutela Legitima.

Tutela Dativa.

Tutelæ Actio.

Tutorum Satisdatio, & remotio suspectorum.

Tutorum Excusatio.

Secun-

Tutorum Authoritas & Administratio.

V.

Vagabundi.

Venatio.

Veracitas.

Viæ Servitus.

Vindicatio.

Virtus.

Votum.

Usucapio. Usurpatio.

Usus.

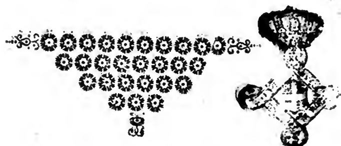
Ususfructus.

Ususfructus commoda.

Vsufructuarii Onera.

Vsusfructûs amißio, & extinctio.

Vsusfructus improprius.



ERRA-

ERRATA
IN
TRACTATU I.

NUm. 290. lin. 11. *fidei & commissum.* lege. *& fideicommissum.*
Num. 95. lin. 16. *Jejunium.* lege. *Præsentia.*
Num. 343. lin. 2. *Adjectæ.* lege. *adjecta.*
Num. 344. lin. 14. *Rubricam.* lege. *Summarium.*

TRACT. II.

Num. 91. lin. 7. *Distinctionem.* lege. *Distributionem.*
Num. 277. lin. ult. *Rubr.* lege. *Summarium.*
Num. 322. lin. 5. *aut.* lege. *nec.*
Num. 405. lin. 2. *n.* 22. lege. 416.
Num. 406. lin. 7. *n.* 16. lege. *n.* 115.
Num. 418. lin. 5. omittendum est. *Idem quæritur de Chyrographario.*
Num. 422. lin. 3. & 5. *fideicommissarius.* lege. *fiduciarius.*
Num. 450. lin. antepen. *Realia.* lege. *talia.*

TRACT. III.

Num. 6. lin. 9. *Dominus.* adde. *habuit.*
Num. 210. lin. 1. *Possessio divisionis.* lege. *Possessionis Divisio.*
Num. 220. lin. 5. *Impotentiam.* lege. *Potentiam.*
Num. 272. lin. pen. *q.* 4. lege. *q.* 5.
Num. 272. lin. 4. *asserere.* lege. *asserat.*
Num. 295. lin. 6. *Tamen.* lege. *Quidem.*

TRACT. IV.

Num. 131. lin. 28. *Ignoraveriaverit.* lege. *ignoraverit.*
Num. 162. lin. antepen. *Nepos.* adde. *ab avo.*
Num. 482. lin. 5. *sunt.* lege. *esse.*

TRACT. V.

Num. 18. lin. 6. *quæ.* lege. *quà.*
Num. 371. lin. 9. *oblationem.* lege. *ablationem.*
Num. 415. in titulo §. III. *patre.* lege. *avo.*

FINIS.